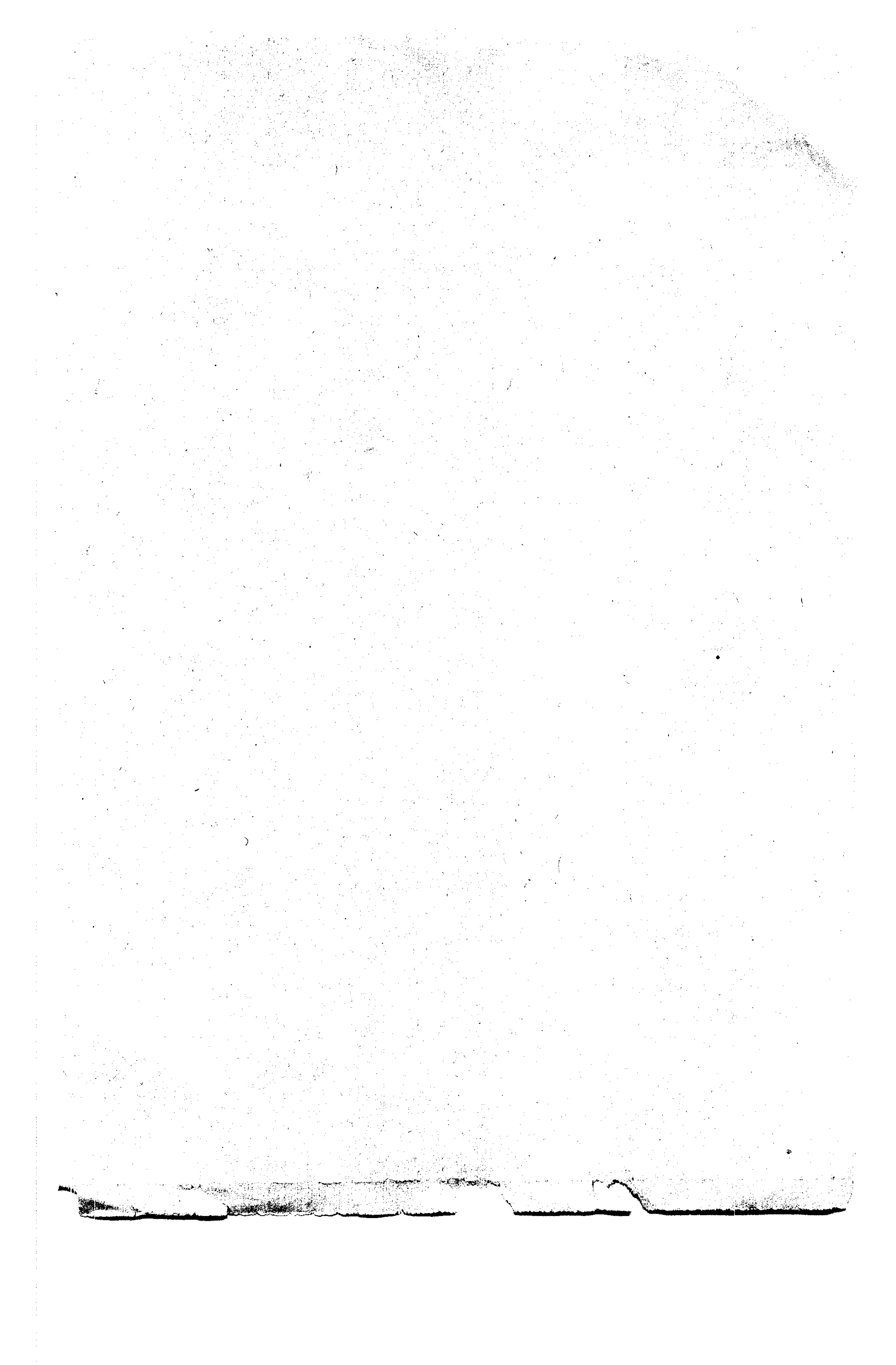
الحقوق العينية و الكفالة
فى
القانون اليمنى

دكتور
محمد حسين منصور
أستاذ مساعد بجامعة الأسكندرية
رئيس قسم القانون المدنى - جامعة صنعاء

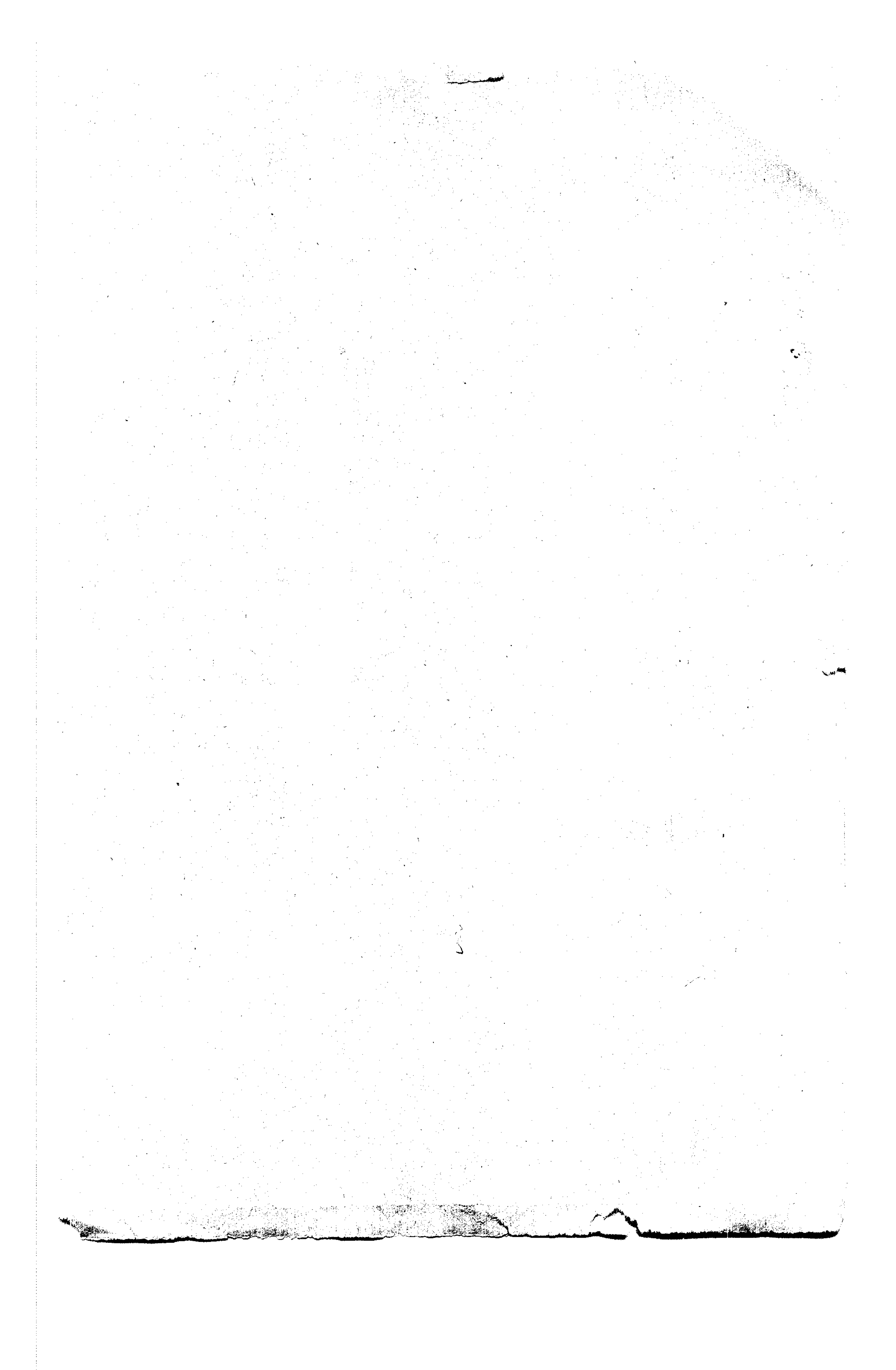


بسم الله الرحمن الرحيم

« أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون »

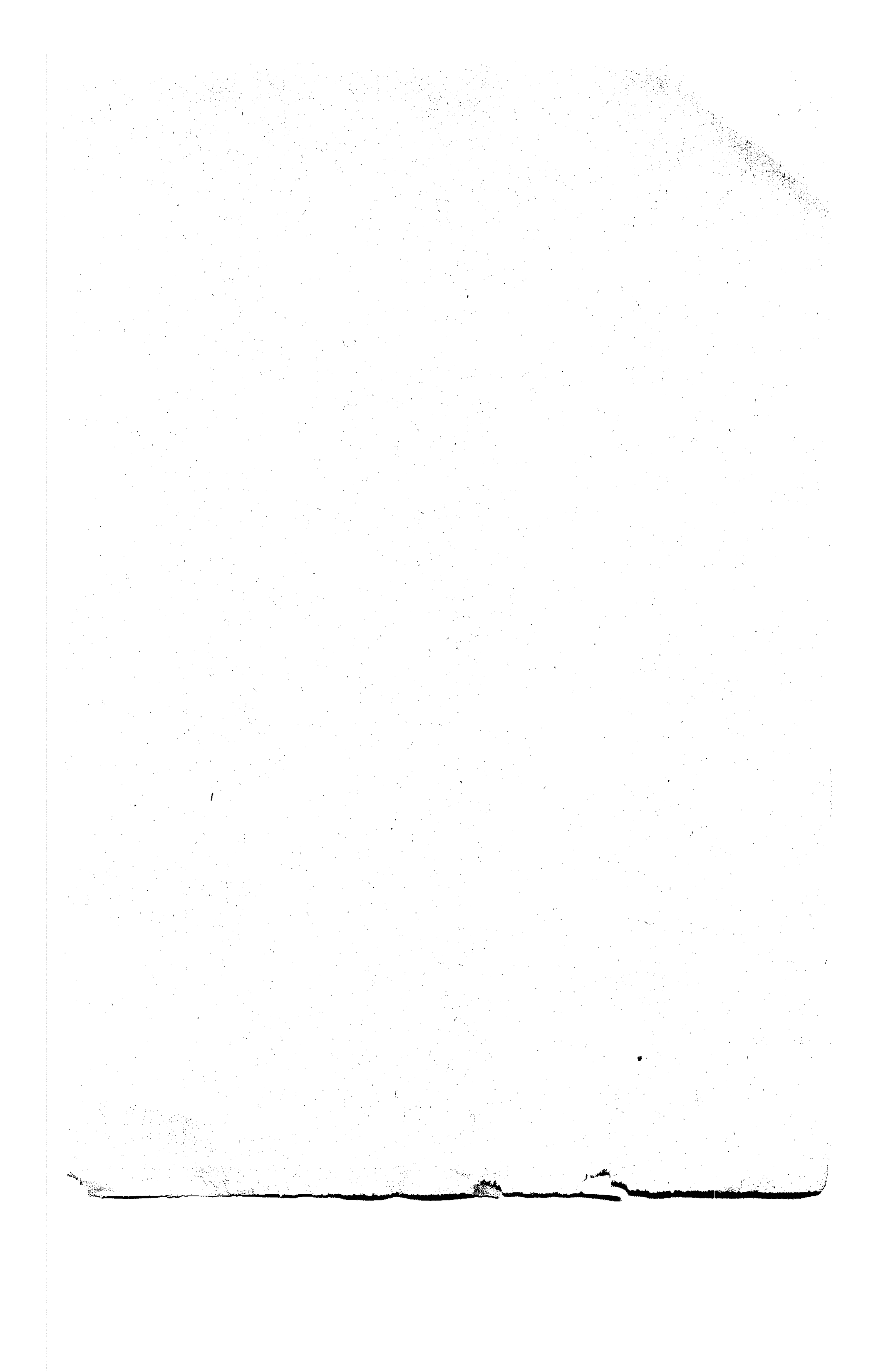
صدق الله العظيم

(المائدة الآية ٥٠)



الجزء الأول

الحقوق العينية الأصلية



مقدمـــة

تنقسم الحقوق الى حقوق مالية يمكن تقدير قيمتها بالنقـود ، وأخرى غير مالية لا يمكن تقويمها بالنقود كالحقوق العامة والحقوق السياسية وحقوق الأسرة ،وثالثة ذات طبيعة مزدوجة أو مختلطـة وهى الحقوق الذهنية أو المعنوية كحق المؤلف .

وتنقسم الحقوق المالية الى حقوق عينية وحقوق شخصية .
والحق الشخصى عبارة عن علاقة بين شخصين يستطيع أحدهما وهو الدائن مطالبة الآخر وهو المدين باعطاء شئ أو بالقيام بعمـل أو بالامتناع عن عمل . والحق العينى هو سلطة مباشرة لشخص على شئ مادى محدد يستطيع بمقتضاها الاستئثار بقيمة مالية مـن خلال القيام بأعمال مباشرة على هذا الشئ دون تدخل أحـد تحقيقا لمصلحة معينة .

والحقوق العينية نوعان : أصلية وتبعية .
والحق العينى الأصلى هو الذى يقوم مستقلا بذاته دون أن يكون تابعا لحق آخر ويخول صاحبه الحق فى استعمال شـئ

معين واستغلاله بطريقة كاملة أو ناقصة • ويعتبر حق الملكية أهم الحقوق العينية الأصلية وأوسعها نطاقا • ويتفرع عن هذا الحق عدة حقوق أخرى توفر لأصحابها بعض سلطات المالك وهى حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكن وحق القرار وحق الارتفاق •

والحق العينى التبعى هو الذى يقرر على شىء معين لضمان الوفاء بحق شخصى ،فهو لا يقوم مستقلا بل بالتبعية لحق شخص لكى يضمن الوفاء به ، وأنواعه أربعة : الرهن الرسمى ،الرهن الحيازى ،حق الاختصاص،حق الامتياز • ويقتصر القانون اليمنى على تنظيم الرهن الحيازى والامتيازات التى يطلق عليها الأولوية •

ويتميز الحق العينى بصفة عامة بعدة خصائص أهمها : أنه ينشأ على شىء معين بالذات ، وهو حق مطلق يحتج به على الكافة حيث يعطى صاحبه سلطة مباشرة على الشىء ،وأخيرا فان الحقوق العينية ترد فى القانون على سبيل الحصر ولا يجوز للأفراد الاتفاق على انشاء غيرها ، سواء تعلق الأمر بالحقوق العينية الأصلية أو التبعية ، فالأمر يتعلق بالنظام العام الاقتصادى •

خطة البحث :

نقتصر فى هذا الجزء على تناول الحقوق العينية الأصلية " .

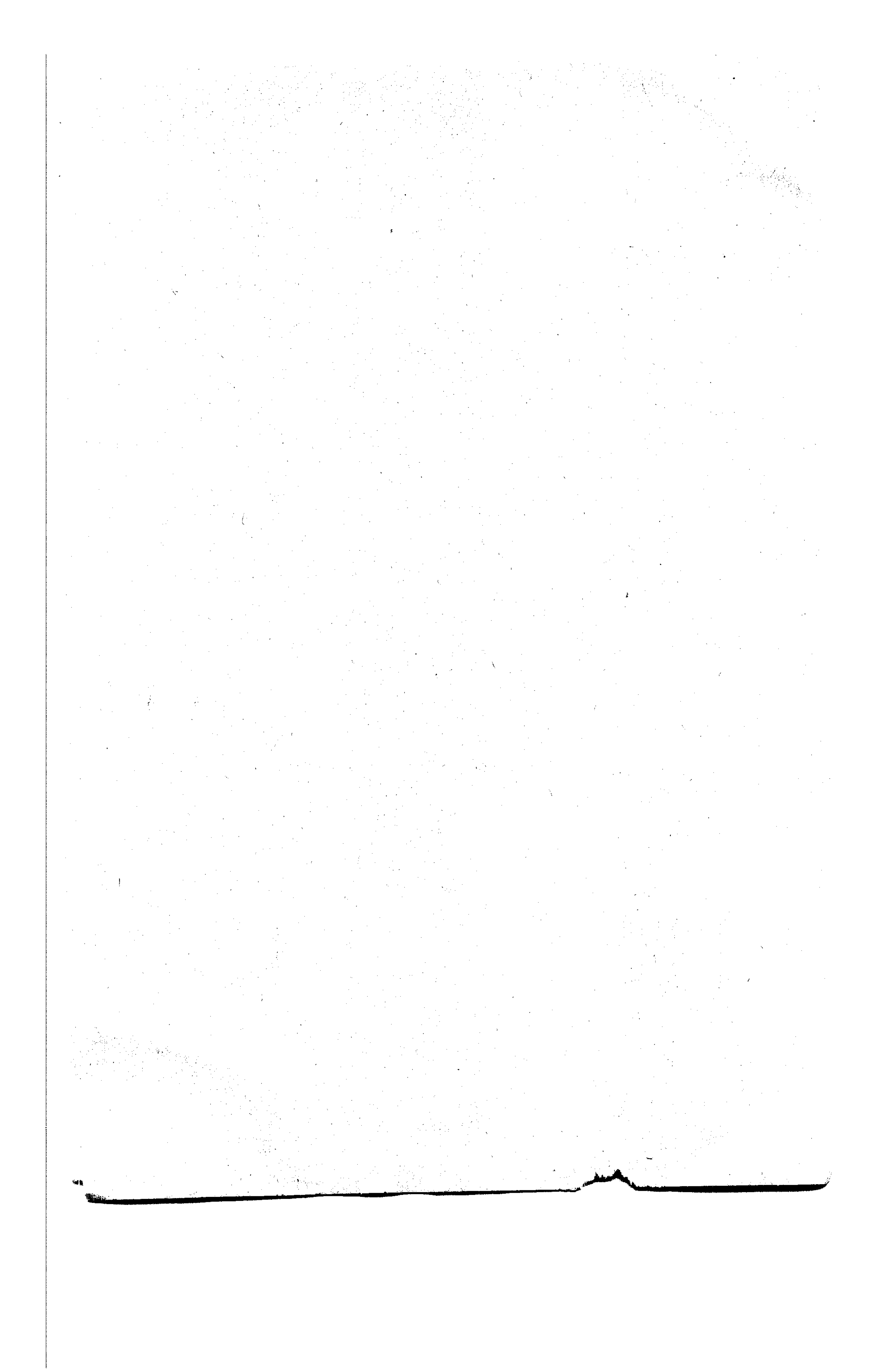
عالج القانون المدنى اليمنى هذه الحقوق فى الكتاب الرابع والمعنون بـ" الملكية وما يتفرع عنها " ، ويتضمن المواد ١٠٤٤ : ١٣١٩ .

ونعرض لدراسة تلك النصوص فى أقسام ثلاثة :

القسم الأول : النظام القانونى للملكية

القسم الثانى : أسباب كسب الملكيـة

القسم الثالث : الحقوق المتفرعة عن الملكية .



القســم الأول

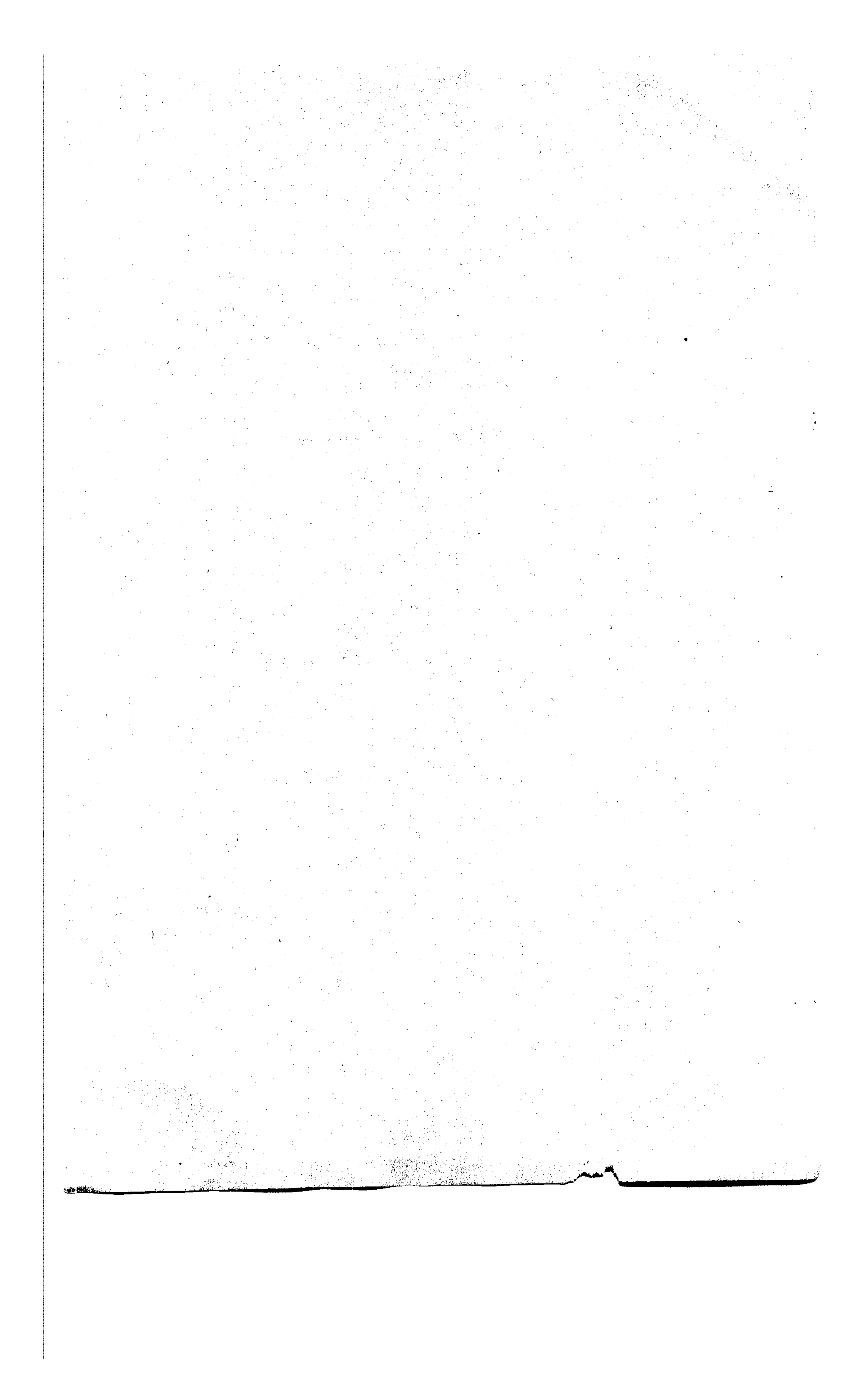
النظــام القانونــى للملكيــــة

تتناول فى هذا القسم النظام القانونى لحق الملكية :

الباب الأول : نطاق حق الملكية

الباب الثانى : القيود الواردة على حق الملكية

الباب الثالث : الملكية الشائعـــة



الباب الأول

نطاق حق الملكية

تعريف حق الملكية :

تنص المادة ١٠٤٤ من القانون المدنى اليمنى على أن لمالك الشىء وحده فى حدود القانون الشرعى ، حق الانتفاع به واستعماله واستغلاله ، والتصرف فيه .

يتضح من هذا النص ان الملكية هى حق استئثار المالك باستعمال واستغلال الشىء الذى ترد عليه والتصرف فيه فى حدود القانون . أى أن حق الملكية يخول صاحبه عناصر ثلاثة هى : الاستعمال ، والاستغلال والتصرف .

ويقصد بالاستعمال استخدام الشىء من خلال القيام بأعمال مادية للحصول على منافعه وفقا لما أعد له أو تسمح به طبيعته ، فاستعمال الدار يكون بسكناها ، واستعمال الأرض يكون بزراعتها أو البناء فيها ، والسيارة بركوبها ، والثياب بلبسها .

والمراد بالاستغلال الحصول على الثمار التى يمكن أن ينتجها الشىء من خلال القيام بالأعمال القانونية كالتأجير • فالمالك يستطيع أن يؤجر الدار أو السيارة أو الأرض ويحصل على الأجرة •

أما التصرف فيمكن أن يكون ماديا أو قانونيا • والتصرف المادى يتمثل فى اجراء تغيير مادى باستهلاك الشىء أو هلاكه أو التغيير فيه • والتصرف القانونى يكون بنقل ملكية الشىء أو بعض عناصرها الى الغير أو بتقرير حق عينى عليه كارتفاق أو رهن •

خصائص حق الملكية :

ينفرد حق الملكية بعدة خصائص يمكن ايجازها فيما يلى :

١ ـ الملكية حق عينى جامع :

ترد الملكية على شىء معين ، وتخول صاحبها جميع السلطات عليه : استعمال واستغلال وتصرف ، فالملكية أوسع الحقوق العينية جميعا • والطابع العينى لحق الملكية يخول صاحبه مكنة الاحتجاج بها ضد الكافة •

٢ ـ الملكية حق مانع :

الملكية حق قاصر على صاحبه لا يجوز لغيره ان يشاركه فيه ، ويستطيع المالك أن يمنع الغير من التعدى على ملكه ، فهو يتسلط على الشيء بطريق مباشر دون تدخل أو وساطة أو قيود من أحد ، وهذا ما يميز الملكية عن الحقوق العينية الأخرى ، فمثلا يتقيد حق الانتفاع بحق مالك الرقبة ويتقيد حق الارتفاق بملكية العقار الخادم .

وينبغى ملاحظة أن الصفة المانعة لحق الملكية يرد عليها عدة قيود للصالح العام ولصالح الجيران ويبدو ذلك واضحا فى نطاق الأراضى الزراعية بالنسبة للرى والصرف والمرور .

ويترتب على الطبيعة المانعة لحق الملكية أن مالك الشيء الأصل فيه هو صاحب كل السلطات عليه دون مشاركة أو قيود ، وعلى من يدعى العكس أن يقيم الدليل على ذلك كصاحب حق الانتفاع أو الارتفاق أو الشريك .

ومن ناحية أخرى فانه لا يتصور أن يكون الشيء الواحد مملوكا

ملكية كاملة لأكثر من شخص في نفس الوقت ، ولا تعني الملكية الشائعة تعدد الملاك لنفس الشيء بل يملك كل شريك حصة فيه على الشيوع .

٣ ـ الملكية حق دائم :

يقصد بدوام الملكية أنها لا تزول بعدم الاستعمال ، ويختلف حق الملكية عن الحقوق العينية الأخرى التي تقبل التأقيت كحق الانتفاع أو الارتفاق ، ويختلف كذلك عن الحق الشخصي الذي يسقط بالتقادم .

يظل المالك حرا في استعمال ملكه من عدمه ولا تسقط الملكية بعدم الاستعمال مهما طالت المدة على عدم استعماله ، وتظل الوسائل القانونية لحماية الملكية قائمة ولا تسقط بالتقادم ، والقانون اليمني لا يعرف التقادم المكسب كوسيلة لكسب الملكية أو الحقوق العينية الأخرى ، هذا ما لم نكن بصدد ملكية منقول تركه صاحبه .

ويترتب على الطبيعة الدائمة لحق الملكية أنه لا يجوز أن يقترن بأجل واقف أو فاسخ والا كانت ملكية مؤقتة ، ذلك أن اقتران الملكية

بأجل أى تأقيتها يتنافى مع كونها حقا دائما ، فلا يصح الاتفاق مثلا على أن يكتسب المشترى ملكية المبيع لمدة عشر سنوات فقط ، فهذا الاتفاق الذى يضيف الملكية الى أجل فاسخ يتنافى مع طبيعة الملكية ويكون باطلا ، ويمكن حمل مثل هذا الاتفاق على أنه انشاء لحق انتفاع حيث يقبل هذا الحق بطبيعته التأقيت .

٤ ـ الوظيفة الاجتماعية للملكية :

كانت النظرة التقليدية للملكية أنها ذات طبيعة مطلقة بمعنى أن المالك يتمتع بسلطات غير محدودة على الشئ الذى يملكه ولا يكون مسئولا عما يحدث للغير من ضرر بسبب استعماله للشئ طالما ظل ملتزما الحدود القانونية .

لكن هذه النظرة تغيرت بعد ذبول المذهب الفردى وتطور الفكر الحديث نحو مفهوم الحق بصفة عامة والملكية بصفة خاصة ، حيث ساد المذهب الاجتماعى وأصبح للملكية وظيفة اجتماعية ، وبدأت التشريعات المعاصرة فى وضع الكثير من القيود على حق الملكية سواء للصالح العام أو لحماية بعض المصالح الخاصة

الجديرة بالرعاية ٠

وعلى هذا المعنى تنص المادة ١٠٤٩ من القانون المدني اليمني بأنه لا يجوز لأحد أن يحرم أحدا من ملكه الا في الأحوال التي يقرها القانون الشرعي وبالطرق المنصوص عليها فيه ، وفي مقابل تعويض عادل ٠

الملكية ترد على الشيء بجميع أجزائه:

تنص المادة ١٠٤٥ على أن مالك الشيء يملك كل جزء فيه ، وكل عنصر من عناصره ٠ وطبقا للمادة ٨٠٣ من القانون المدني المصري أن مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير ٠ أي أن الشيء المملوك يشمل حق الملكية فيه جميع أجزائه المكونة له ٠ والجزئية آيتها أن يكون الجزء مندمجا في الكل بحيث لو فصل عنه لهلك الشيء أو تلف أو تغير ٠

والشيء الذي ترد عليه الملكية يكون معينا بذاته متميزا عن غيره ، سواء تعلق الأمر بمنقول أو بعقار ، واذا كان محل الملكية

أرضا يخشى صعوبة تحديدها فان المادة ١٠٥٧ يمنى تخول كل مالك الحق فى وضع اعلام لاملاكهما المتلاصقة (أوثانا أوغيرهـا) وتكون نفقات التحديد مناصفة بينهما ٠

شمول ملكية الأرضما فوقها وما تحتها :

طبقا للمادة ١٠٤٦ يمنى تشمل ملكية الأرضما فوقهـــا وما تحتها الى الحد المفيد فى التمتع بها علوا أو عمقا ويجوز الاتفاق على أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو مــا تحتها ٠

وبناء على ذلك فان ملكية الأرضتشمل السطح وما فوقـــه ، فيستطيع المالك بمقتضى ملكيته للعلو أن يقيم فوق أرضه أبنيـــة أو منشآت ويغرس أشجارا وتكون طبقة الهواء وهى فوق السطح مملوكة لصاحب الأرض بالقدر الذى يمكن به تملك الهواء ٠ وكذلك حـــق التعلى وهو حق البناء فوق الأرض طبقات بعضها فوق بعض٠

وتطبيقا لذلك فان للجار أن يمنع الاعتداء على العلو الـــذى يعلو أرضه حتى ولو لم يصب بأى ضرر ، فله أن يطلب من جـــاره

قطع الاغصان الممتدة الى علوه .

الا أن ملكية العلو مقيدة بالحد المفيد فى التمتع به أى بالحد الذى يصلح للاستعمال منه ، وعلى هذا ليس للمالك أن يمنع مرور اسلاك البرق أو الكهرباء أو مرور الطائرات فوق أرضه طالما كان هذا المرور لا يحدث ضررا .

وتشمل ملكية الأرض أيضا ما تحتها أى العمق الضرورى للانتفاع بها فللمالك أن يحفر فى أرضه لاقامة أساسات الأبنية وغرس الاشجار وعمل مخازن أو سراديب . وللمالك الحق فى منع أى اعتداء على هذا العمق ، فله أن يطلب من جاره قطع جذوع الأشجار الممتدة الى باطن أرضه .

وتطبيقا لذلك تنص المادة ١١١٩ يمنى على أنه اذا وجد فى أرض مملوكة لشخص معين معدن ذهب أو فضة أو حديد أو نحاس أو نحوه من الجواهر فانه يكون ملكا لصاحب الأرض ، واذا كانت المنفعة لشخص والرقبة لشخص آخر فلمالك الرقبة ، وعليه الخمس للدولة .
وللدولة وحدها حق التنقيب عن المعادن وتعويض مالك الأرض

تعويضا عادلا ، وما يعثر عليه بعد التنقيب يكون لها ،ولا يجوز للأفراد ذلك الا بترخيص من الدولة أو فيما جرى به العرف.

وتضيف المادة ١١٢٠ يمنى بأنه اذا وجد كنز فى أرض مملوكة لشخص معين فان كان جاهليا يكون لمالك الأرض وعليه الخمس للدولة ،وان كان اسلاميا فهو لمالكه ان عرف ،وان لم يعرف مالكه وادعى مالك الأرض ملكيته فهو لمالك الأرض ،والا فهو لقطة تراعى فيه أحكامها .

وعلى ذلك فما يوجد فى الأرض من معادن جامدة عرضيا دون تنقيب يكون من حق المالك وللدولة منه الخمس ، اما ما يوجد فيها من معادن سائلة كالبترول فيكون ملكا للدولة طبقا للمادة ١٣ من الدستور اليمنى ، اما اذا كان كشف المعادن يقتضى تنقيبا فان ذلك يكون من حق الدولة مع تعويض المالك تعويضا عادلا .

وكما هو الحال بالنسبة لملكية العلو فان ملكية باطن الأرض محدودة بالقدر اللازم للافادة منها ،وليس للمالك بالتبعية الاعتراض على أى أعمال تقام على مسافة من العمق لا تكون له مصلحة فى منعها

كمد أنابيب المياه على نحو لا يضر بأرضه .

وبناء على قاعدة شمول ملكية الأرض للعلو والعمق فان هناك قرينة قانونية مؤداها ان كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أوغراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض اقامة على نفقته ويكون مملوكا له .الا أننا أمام قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس حيث يمكن للغير ان يثبت اقامته للمنشآت على نفقته أو ان مالك الأرض قد خوله اقامة هذه المنشآت وتملكها اعمالا لحق القرار على أرض الغير والذى يكون منفصلا عن ملكية الأرض ومن ثم فان ما يغرسه صاحب هذا الحق أو يبنيه فى الأرض يكون مملوكا له استقلالا ويجوز له كذلك التصرف فيه مقترنا بحق القرار (م ١٢٢٣ : ١٢٢٦ يمنى) ذلك أنه يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها (م ٨٠٣ مصرى) .

شمول الملكية للملحقات والفوائد :

تنص المادة ١٠٤٧ يمنى على أن لمالك الشئ كل فوائده الأصلية والفرعية وملحقاته وتوابعه شرعا وعرفا ما لم يوجد نص أو

اتفاق على خلاف ذلك وتعرف المادة ١٠٤٨ الفوائد الاصلية بأنها ما تولد عن الشيء نفسه كالولد أو الصوف أواللبن والتمر وما اليها ، والفوائد الفرعية هى ما نتج عن استعمال الشيء واستغلالـــه والتصرف فى منافعه .

١ ــ الملحقـــات:

يعرفها القانون المصرى بأنها كل ما أعد بصفة دائمـــة لاستعمال الشيء ، طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين (م ٨٠٤) . يشمل حق الملكية اذن ملحقـات الشيء مثل حقوق الارتفاق كحق المرور ، والعقارات بالتخصيـص كالمواشى والآلات الزراعية والحظائر .

وتختلف الملحقات عن أصل الشيء ،فالشيء يشتمل علـــى أجزائه ،وهذه ليست من الملحقات بل هى الأصل وأجزاء الـــدار التى هيالأصل ــ تشتمل على الأرضوالبناء القائم والسلـــم والردهات والحديقة أن وجدت ،ونماء الشيء يدخل فى أصله لا فى ملحقاته ،فنماء الحيوان أى كبره ما بين البيع والتسليم داخل فـــى

أصله ، أما ملحقات الشيء فهي شيء غير الأصل والنماء ، لأنها ملحقة بالأصل وليست الأصل ذاته ،وهي ليست متولدة عن الأصل كما تتولد الثمار والمنتجات ، بل هي شيء مستقل عن الأصل غير متولدة عنه ،ولكنه اعد بصفة دائمة ليكون تابعا للأصل وملحقا به ، فاذا كانت معدة بصفة وقتية لا بصفة دائمة ،كما اذا استأجر المالك مواشي وآلات لزراعة أرضه ،فانها لا تعتبر من الملحقات .

وملكية المالك لملحقات الشيء قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس حيث يمكن اقامة الدليل على انفصال ملكية الملحقات عن ملكية الشيء وذلك بناء على نص في القانون أو الاتفاق .

٢ ـ الفوائد :

تشمل ملكية الشيء كل ما ينتجه من فوائد أصلية أو فرعية ، والفوائد الأصلية هي كل ما يتولد عن الشيء ذاته بحسب طبيعته كالولد والصوف واللبن والثمر اما الفوائد الفرعية فتأتي نتيجة استعمال الشيء أو استغلاله أو التصرف في منافعه . واستعمال الشيء يكون بالانتفاع به ذاتا ، واستغلاله يكون بالحصول على غلته

التى يصلح لانتاجها كزراعته أو تأجيره للغير والتصرف فى منافعـــه كبيع الثمار أو الغلة وما الى ذلك .

أى أن ملكية الشىء تتضمن كل نتاجه من فوائد سواء تمثلـــت فى ثمار أو منتجات . والثمار هى كل ما ينتج بصفة دورية عن الشىء دون أن ينقص من أصله وقد ينتج ذلك بصفة طبيعية ككلأ المراعى ونتاج المواشى ، وقد ينتج بصورة صناعية أو مستحدثة بفعل الانسان كمحصول الأرض الزراعية والصيد ، وقد ينتج بصورة مدنية من خـــلال استغلال الشىء بأحد الأعمال القانونية كأجرة الأراضى والمبانـــى وفائدة رؤوس الأموال .

أما المنتجات فهى ما ينتج عن الشىء بشكل غير دورى أو على نحو ينقص من أصل الشىء كالأحجار المقتطعة من المحاجر والمعادن المستخرجة من المناجم .

الباب الثانى

القيود الواردة على حق الملكية

تمهيد :

رأينا أن المادة ١٠٤٤ من القانون اليمنى تحدد حقوق المالك فى الانتفاع بالشىء واستعماله واستغلاله والتصرف فيه بشرط أن يتم ذلك فى حدود القانون الشرعى .

ولما كانت الملكية وظيفة اجتماعية يقصد بها تحقيق المصلحتين الخاصة والعامة فان المادة قد وضعت القاعدة العامة التى يجب على المالك مراعاتها فى استعمال حقوقه ،بأن يكون ذلك لا يتنافى مع ما تقضى به القوانين واللوائح والقرارات الشرعية .

مؤدى ذلك أن حق الملكية يمكن أن ترد عليه الكثير من القيود القانونية ، بعض هذه القيود يتقرر للمصلحة العامة والبعض الآخر يتقرر للمصلحة الخاصة . وترد هذه القيود بصفة عامة على سلطات المالك فى الاستعمال والاستغلال أو على حرية التملك نفسها .

بالنسبة للقيود المقررة لمصلحة عامة فهى كثيرة ومتنوعة وتتغير بحسب ظروف كل مجتمع ومن زمان لآخر طبقا للمعطيات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية القائمة ، وترد عادة فى تشريعات خاصة . ومن أمثلتها القيود المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة وقوانين الآثار ، والقيود التى تتضمنها قوانين تنظيم المبانى والتخطيط العمرانى ، وتلك المتعلقة بالمحلات العامة المقلقة للراحة والمضرة بالصحة . هذا الى جانب القيود التى ترد على حرية التملك ذاتها كوضع حد أقصى للملكية أو تنظيم تملك الأجانب للعقارات باعتبارها ثروة قومية .

أما عن القيود القانونية التى ترمى الى تحقيق المصلحة الخاصة فهى تتقرر لصالح الأفراد فيما بينهم وتؤدى الى تحقيق المصلحة العامة بطريق غير مباشر ، ومن أمثلتها القيود التى ترمى الى رعاية مصالح الجيران وتتعلق بالرى والصرف والحدود والمرور الى غير ذلك .

وقد نظم القانون اليمنى القيود القانونية التى تهدف الى

تحقيق مصلحة خاصة ،وتتعلق أساسا بفكرة الجوار بين الملاك ، فى المواد من ١٠٥١ : ١٠٦٤ ، وحظر فى المادة ١٠٦٩ صراحة الاتفاق بين المالك والغير على وضع أية قيود على حق المالك فى التصرف : " اذا شرط فى عقد يفيد الملك شرط يرفع موجبه بطل العقد والشرط" ، أى أنه طبقا لذلك النص يدخل الاتفاق الذى يحرم المالك من حق التصرف فى ملكه بخلاف الحال فى القانون المصرى الذى يجيز هذا الاتفاق بشروط معينة .

خطة البحث :

ونعرض للقيود القانونية الواردة فى القانون المدنى اليمنى فى الفصول التالية :

الفصل الأول : مضار الجوار غير العادية

الفصل الثانى : الرى والصرف

الفصل الثالث: حق المرور

الفصل الرابع : الحدود والجدار المشترك

الفصل الخامس: المطلات والمناور

الفصل الأول

مضار الجوار غير العادية

النصوص:

تنص المادة ١٠٥١ يمنى على أنه ليس للمالك أن يغلو في استعمال حقوقه الى حد يضر بملك الجار، وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار التي لا يمكن تجنبها .

وتضيف المادة ١٠٥٢ بأن للجار أن يطلب ازالة المضار المحدثة اذا تجاوزت الحد المألوف، مع مراعاة الاعراف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر، والغرض الذي خصصت له ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون طلب ازالة الأضرار .

وتعلق المذكرة الايضاحية على ذلك بقولها : ليس للمالك أن يغلو في استعمال حقه الى حد يضر بملك جاره، كما أن عليه أن يتحمل مضار الجوار العادية التي لا يمكن تجنبها، فمثلا ليس للجار أن يدق بشدة بجوار حائط جاره لكي لا يوهنها أو يسقطها

وليس له أن يضع ماكينة تطلق أصواتا مدوية فى منطقة سكنية حتى لا يزعج جيرانه ، وان لا يحدث فى الليل أصواتا عالية تقلق الكبار وتفزع الصغار ،ولكن عليه مثلا أن يتقبل الروائح والأبخرة والأدخنة التى تخرج من الأفران والمطابخ فى المنازل عادة ،ولا يرجع على جاره فى مضارها ٠

وللجار الحق فى طلب ازالة المضار المحدثة ، بشرط أن تكون قد تجاوزت الحد المألوف الذى يقرره العرف المحلى ،لأن الأعراف تختلف من مكان الى مكان ، ومع مراعاة طبيعة العقارات وهل هى مثلا سكنية أو صناعية أو تجارية ، والحى الذى تقع فيه وهل هو حى سكنى أو صناعى ،ومدى المسافة بين العقارات وبعضها ، والغرض الذى خصصته له ،وقول المادة الأضرار المحدثة تنبيه الى أن القانون لا يسرى على الأمور السابقة على نفوذه ، فالقديم يبقى على قدمه ٠

حالات مسئولية المالك :

تقضى النصوص السابقة بمسئولية المالك اذا سبب للجار

مضارا غير عادية ، وتختلف هذه الحالة عند حالتين يكون فيهما المالك مسئولا طبقا للقواعد العامة وهما :

١ ـ الخطأ فى استعمال حق الملكية :

يبدو خطأ المالك فى استعمال حق الملكية فى حالتين :

الأولى : مخالفة المالك للقوانين واللوائح :

ينبغى على المالك استعمال حقه فى حدود القوانين واللوائح التى تقيد هذا الحق ،فاذا أخل بأى من الالتزامات التى يفرضها عليه المشرع شكل ذلك خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية .

فمثلا يسأل المالك عن الأضرار التى تنتج عن فتح محل مقلق للراحة دون ترخيص أو دون مراعاة الاشتراطات اللازمة لحماية سلامة الناس .

الثانية : ارتكاب المالك خطأ :

يرتكب المالك خطأ ويسأل طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية اذا انحرف فى استعمال ملكه عن سلوك الشخص المعتاد . وذلك كأن يتسبب فى هدم مبانى الجار بسبب حفره لأساسات منزل

أويتلف ممتلكات ومزروعات الجار بسبب تخزين مواد بنائه •

ويسأل الجار كذلك طبقا لقواعد المسئولية الشيئية بوصفه حارسا للبناء عن أى ضرر للجار ينجم عن تهدمه ، فى هذه الحالة يكون الخطأ مفترض فى جانبه •

٢ ـ التعسف فى استعمال حق الملكية :

يسأل المالك اذا تعسف فى استعمال حق الملكية ، ويبدو هذا التعسف فى أحد فروض ثلاثة :

الأول : استعمال الملكية بقصد الاضرار بالغير دون أن تعود عليه منفعة عن ذلك ، كمن يحفر أرضه بقصد مضايقة الجار •

الثانى : اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها • ويعتبر القضاء تفاهة المصلحة التى تعود على المالك من فعله قرينة على توافر نية الاضرار ومن أمثلة ذلك نص المادة ٨١٨ / ٢ من القانون المدنى المصرى التى تقضى بأنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ، ان كان هذا يضر بالجار الذى يستتر ملكه بالحائط •

الثالث : استعمال الملكية بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة ، وذلك كمن يستخدم داره ملتقى للمشبوهين وممارسة الأعمال غير المشروعة .

فى الفروض الثلاثة السابقة يعتبر المالك متعسفا فى استعمال حقه ويسأل عن كل الأضرار التى يسببها للغير بسبب هذا الاستعمال .

٢ ـ مسئولية المالك عن المضار غير العادية :

طبقا للمادة ١٠٥١ مدنى ليس للمالك أن يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك جاره ، كما أن عليه أن يتحمل مضار الجوار العادية التى لا يمكن تجنبها مؤدى ذلك النص أن هناك شرطان لمسئولية المالك : ضرر غير عادى يصيب الجار ، غلو المالك فى استعمال حقه .

أى أننا أمام حالة لا يخالف فيها المالك نصا قانونيا ولا يرتكب خطأ تقصيرى ولا يتعسف فى استعمال حقه ، ومع ذلك يسبب لجيرانه ضررا غير عادى . ويبدو ذلك واضحا أمام الأنشطة الحديثة وازدياد

التوسع العمرانى وتقدم المدنية بما تحمله من تقنية معقدة ٠ كمن ينشىء مصنعا ويراعى فيه شروط الترخيص ، الا أنه تنبعث منه أبخرة وغازات ضارة بالجيران على نحو غير مألوف وتقلق راحتهم وتؤثر فى المحال المجاورة ٠ هنا يسأل المالك استنادا الى فكرة الغلو فى استعمال حق الملكية ٠

تقدير الضرر غير العادى :

يمنع النص المالك من الغلو فى استعمال حقه الى الحد الذى يضر بالجار اضرارا غير عادى ، ويستطيع المالك أن يستعمل حقه بالطريقة التى تخلو من الغلو حتى ولو سبب اضرارا للجيران طالما كانت هذه الاضرار مألوفة ويجرى العمل على التسامح فيها طبقا لضرورات العيش فى الجماعة ٠ فالعمل الضار لا يوجب المسئولية حتما ، بل لا بد أن يكون فى العمل غلو من المالك فى استعمال حقه ،

ومعيار الغلو هو معيار مرن يتصف به كل عمل يحدث ضررا غير مألوف بالجار ، فالمعيار اذن هو الضرر غير المألوف ٠ ويجب التسامح فيما يحدثه الجيران بعضهم البعض من ضرر مألوف ، والا غلت أيدى

الملاك عن استعمال حقوقهم ، اما اذا أحدث عمل المالك ضررا غير مألوف بالجار ، فانه يصبح مسئولا عن تعويض هذا الضرر .

ومعيار الضرر غير العادى هو أيضا معيار يتوائم مع الظروف المختلفة ويستجيب لمقتضيات الحاجات المتغايرة ، ويترك لقاضى الموضوع تقدير الضرر على ضوء المعطيات الموضوعية التى أوردها النص وهى العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر والغرض الذى خصص له العقار .

فمثلا ما يعتبر ضررا مألوفا فى ناحية مكتظة بالمصانع والمقاهى والمحلات العامة يعتبر ضررا غير مألوف فى ناحية هادئة خصصت للمساكن دون غيرها ، فاذا فتح محل مقلق للراحة فى وسط هذه المساكن الهادئة ، كان هذا ضرر غير مألوف تجب ازالته . وما يعتبر ضررا مألوفا فى مصنع تدور فيه الآلات وتشتد الضوضاء قد يعتبر ضررا غير مألوف بالنسبة الى المستشفى .

ومعيار الضرر هو معيار موضوعى يعتد فيه بالاعتبارات الموضوعية السابقة وليس معيارا ذاتيا يقوم على حالة الجار الذاتية ، وانما العبرة

بحالة الشخص المعتاد أى بمدى جسامة الضرر بالنسبة للشخص العادى . فالضوضاء البسيطة لا تعتبر ضررا غير مألوف ولو أحدثت أزمة عصبية للجار المريض بأعصابه أو ذى الحساسية المفرطة .

ويجب الاعتداد بالحالة الخاصة للجار متى كانت عادية أو كان نشاطه أمرا طبيعيا ، وعلى هذا يسأل الجار عن الاضرار التى يسببها مصنعه لدور العلاج أو الاستشفاء المجاورة أو لصاحب مغسل يضايقه الدخان الناجم عن آلاته .

أثر الترخيص الادارى للمالك :

يظل المالك مسئولا عن الاضرار غير العادية التى يسببها للجيران حتى ولو كان النشاط الذى يمارسه مستندا الى ترخيص ادارى ، فلا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون طلب ازالة الاضرار (م١٠٥٢) . حقا ان الترخيص الادارى غالبا ما يراعى تلك الاعتبارات . الا أنه مع ذلك اذا سبب النشاط ضررا غير مألوف للجيران فان المالك لا يستطيع التنصل من المسئولية استنادا الى الترخيص لأن هذا الترخيص لا يتضمن اعفاء مالك المحل من المسئولية عما يحدثه من أضرار .

أسبقية المالك فى استعمال ملكه:

هل يستطيع الجار المستجد أن يشكو من مضار الجوار غير العادية التى يسببها الجار القديم؟ كالمالك الذى يبنى مسكن أو مستشفى بجوار مصنع قديم يسبب ضوضاء .

القاعدة أنه اذا كان المحل المقلق للراحة هو القديم وقد وجد فى ناحية مناسبة له ، ثم استحدث بعد ذلك بجواره بناء للسكنى الهادئة ، فليس لصاحب هذا البناء ان يتضرر من مجاورة المحل المقلق للراحة ، لأنه هو الذى سعى الى جوار المالك وهو عالم بما فى هذا الجوار من مضار ، فيكون قد ارتضى ذلك ضمنا .

فاذا أقدم شخص على بناء دار قريبة من معامل ، فلا يحق له التضرر من وجودها لدخان يتصاعد من مداخنها أو لقلق تحدثه آلاتها ، لأنه جار طارىء عليها ولأنه تخير فى بناء داره نقطة ظاهرة العيب ، وعلى ذلك لا يحق له طلب تعويض من أصحاب هذه المعامل عن شىء من ذلك .

وليس لمن يقيم منزلا بمنطقة تكثر فيها المصانع وتعتبر حيا

صناعيا أن يشكو بعد ذلك من مضار الجوار العادية فيه .

الا أنه ليس معنى ذلك تحمل كافة الأضرار أيا كانت فى هذه الحالات ، بل يمكن الحصول على تعويض عن الأضرار غير العادية بالنسبة لهذه الأماكن ، أى أن الضرر يقاس على ضوء الواقع والمألوف فيها .

وقد تحفظ المشرع اليمنى بهذه المناسبة بالنسبة للأوضاع القائمة ، فقول المادة الاضرار المحدثة تنبيه الى أن القانون لا يسرى على الأمور السابقة على نفوذه ، فالقديم يبقى على قدمه .

<u>التعويض عن الضرر غير العادى :</u>

القاعدة أن المالك الذى يغلو فى استعمال ملكه على نحو يسبب ضررا غير عادى للجار فانه يلزم ازالة هذه الأضرار (م١٠٥٢) أى أنه طبقا للقواعد العامة يكون التعويض عينيا أو نقديا ، فالمحكمة يمكن أن تأمر بازالة الضرر أو أن تقتصر على الحكم بالتعويض.

يستطيع القاضى الزام المالك بازالة المضاره وذلك باتخاذ ما يلزم لمنع الضرر فى المستقبل كأن يتم اجراء تعديلات من شأنها

تلافى الضرر مثل رفع المدخنة أو تغيير اتجاهها أو نقل بعض الآلات أو وضع عوازل للصوت ، أو تعديل أوقات العمل بحيث لا تتناف مع أوقات الراحة • وذلك مع الحكم بالتعويض النقدى عن الأضرار التى وقعت فى الماضى •

وقد لا يجد القاضى بدا من الحكم بغلق المحل مصدر الضرر حتى ولو كان هناك ترخيص من الجهة الادارية لأن الترخيص لا يحول دون استعمال هذا الحق طبقا لصريح النص (م ١٠٥٢) •

وللقاضى سلطة تقديرية فى الحكم بالتعويض العينى ، اذ طبقا للمادة ٢٢٣ اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين ،جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ،اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما • لذا فقد يفضل القاضى الحكم بالتعويض للجار بدلا من ازالة المصنع مصدر الضرر لأن هذا الضرر لا يتناسب مع ما يعود على صاحب المصنع وعماله من أضرار •

فالقاضى يوازن بين المصالح ويختار الحكم بالتعويض العينى أو بالتعويض النقدى •

وفى حالة اختيار التنفيذ العينى فان الازالة تكون على حساب المالك ، ويمكن استخدام الوسائل التى تلزمه بالقيام بالتنفيذ ، هذا بالاضافة الى الحكم بالتعويض للمضرور بسبب تعنت المالك ٠

الفصل الثاني

الري والصرف

يقرر القانون قيودا على ملكية الأرض الزراعية لمصلحة الأرض الزراعية المجاورة ، تتعلق تلك القيود بمياه الري والصرف حيث تتمثل في حق الشرب وحق المجرى وحق الصرف أو المسيل ٠ وقد تناول القانون المدني اليمني تلك الحقوق في المواد من ١٠٥٣ الى ١٠٥٥ ٠

أولا ـ حق الشرب

تنص المادة ١٠٥٣ يمني على أن " من أنشأ ساقية أو مصرفا للماء في ملكه ، فلا يجوز لجيرانه استعمالها الا اذا اتفقوا معه على ذلك بعارية أو نحوها ، فيطبق ما اتفقوا عليه ،ويعتبر اشتراك الجيران مع المالك في نفقات انشائها وصيانتها دليلا على رضاه "

تبين هذه المادة حقوق الجيران في ساقية أو مصرف ماء أنشأه المالك وقد اختارت اللجنة أن لا يستعمل الجار ساقية جاره

الا باذنه أو باتفاق سابق بينهما بعارية أو اجارة ونحو ذلك ،
ويعتبر دليلا مقبولا على اذن المالك لجاره أو اتفاقه معه ، أن يكون
الجار قد اشترك مع المالك فى نفقات انشاء الساقية أو المصرف
خاصة اذا كان الجار قد اعتاد على استعمال الساقية أو المصرف
وليس له طريق غيره فاذا ثبت أن الجار الذى سبق له أن يستعمل
ساقية جاره قد دفع لمالكها جزء من نفقات انشائها ، كان ذلك
دليلا على أن المالك يسمح له باستعمالها دائما ، فليس للمالك أن
يحرمه من هذا الحق .

اى أن القانون اليمنى لا يضع قيدا على أرض الجار لمصلحة
جاره فيما يتعلق بحق الشرب ، فاستعمال مسقى الجار يكون برضاء
صاحبه وليس جبرا عنه . ولعل طبيعة الرى فى الأراضى اليمنية التى
تعتمد على الآبار والمطار كانت السبب فى أن المشرع اليمنى لم
ير ضرورة لجعل حق الشرب قيدا جبريا على ملكية الجار بل تركه
لاتفاق الأطراف .

وحق الشرب الذى يتمثل فى رى أرض الجار من مسقى مملوك

لجاره ، يعد قيدا على الملكية فى القانون المصرى ، حيث القاعدة ان من أنشأ مسقاة على نفقته الخاصة طبقا للوائح المتعلقة بذلك كان مالكا لها وكان له وحده حق استعمالها ،على أنه اذا استوفى حاجته منها وبقى بعد ذلك من الماء ما تحتاج اليه أراضى الملاك المجاورين ،فلهؤلاء أن يأخذوا ما هم فى حاجة اليه ، على أن يشتركوا فى نفقات انشاء المسقاة وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع منها . ويبين من ذلك أن ملكية المياه الفائضة عن الحاجة تنزع من مالكها لا لمصلحة عامة بل لمصلحة خاصة ، ويدفع للمالك التعويض المناسب عن ذلك . وهذا قيد خطير على حق الملكية .

أحكام خاصة بحق الشرب:

أولا ـ الماء المباح :

تنص المادة ١٢٤٩ على أن الماء مباح أصلا للجميع ،ولا يملك ملكية خاصة الا بالنقل أو بالاحراز أو ما فى حكمهما ،وهو مثلى يضمن بمثله ،ويعتبر حفر البئر لتلقى الماء احرازا له اذا أتى من

مباح ومر فى المجرى .

يبين النص حكم الماء وانه مباح أصلا للجميع، لقوله عليه السلام (الناس شركاء فى ثلاث الماء والكلأ والنار) ولكنه يجوز أن يملك الماء ملكية خاصة ويكون ذلك بحيازته اما بنقله لأن النقل يقتضى الحيازة أو باحرازه وما الى ذلك . وتبين المادة أن الماء مثلى يضمن بمثله ، وتبين أن حفر المجرى لتلقى الماء من مباح يعتبر احرازا للماء فيملكه صاحب المجرى بمجرد مروره فيه ملكية خاصة وكذلك البئر .

وتنص المادة ١٢٥٠ على أن الماء المباح حق لمن سبق اليه بقدر كفايته ولو كان مأخوذا من ملك ، ولا يجوز لأحد أن يدخل ملك جاره لأخذ الماء منه الا باذن المالك أو رضاه أو لعرف ، ولا يجوز الاضرار بالمالك فى أخذ الماء من ملكه الا لشرب الانسان أو طهوره .

يبين النص أن الماء المباح الذى لم يدخل فى ملك أحد من قبل يكون لمن سبق اليه بقدر كفايته ولو كان مأخوذا من ملك الغير ، الا أنه لا يجوز لأحد أن يدخل ملك الغير لأخذ الماء منه الا باذن

المالك أو رضاه أو اذا كان عرف الجهة قد جرى على ذلك .

والدخول فى ملك الغير للحصول على الماء فى الأحوال المذكورة لا يصح أن يضر بالمالك ويستثنى من ذلك الشرب أى شرب الانسان والدواب وكذلك طهور الانسان فانه يجوز أخذ الماء المباح من ملك الغير للشرب عند الضرورة مطلقا .

ثانيا : انشاء الجدول أو المجرى :

تنص المادة ١٢٥١ على أنه من أنشأ جدولا أو مجرى لرى أرضه فليس لأحد غيره حق الانتفاع به الا باذنه ، ولا يجوز لأحد الشركاء فى الجدول المشترك أن يشق منه جدولا آخر الا باذن باقى الشركاء

واذا لم يتفق أصحاب حق الشرب على القيام بالاصلاحات الضرورية للجدول المشترك جاز بناء على طلب أى منهم الزامهم بالاصلاحات الضرورية كل بنسبة حصته (م ١٢٥٢) .

أى أن اصلاحات الجدول المشترك تكون على الشركاء كل بنسبة حصته فيه فان اتفقوا على ذلك عمل بالاتفاق وان تمرد أحدهم

أو بعضهم كان لمن يرغب منهم في اصلاح الجدول المشترك ان يطلب من القضاء اجبارهم على ذلك ٠

ثالثا : انتقال حق الشرب :

تنص المادة ١٢٥٣ على أن حق الشرب يورث ويوصى بالانتفاع به ، ولا يباع الا تبعا للأرض ولا يوهب ولا يؤجر الا لعرف ٠

يبين النص حكم حق الشرب من حيث جواز انتقاله الى الغير بالارث والوصية لأنه حق يورث ويوصى به ولكنه لا يباع ولا يوهب ولا يؤجر الا تبعا للأرض التى لها حق الشرب ٠

ولما كان العرف قد جرى فى بعض الجهات على بيع حق الشرب وتأجيره فقد اختارت اللجنة أنه يجوز بيع حق الشرب وهبته وتأجيره فى الجهات التى جرى بها عرف بذلك ٠

رابعا : فضل الماء :

تنص المادة ١٢٥٤ على أنه لا يمنع ذو الصبابة من حقه ، وهو ما فضل من الماء عن كفاية المتقدم فى الاحياء والعبرة بالكفاية

وقت الاحياء ، واذا لم يعرف فالعبرة بوقت السقى .

يبين النص أنه اذا ثبت لأحد حق الصبابة وهو فضل المـــاء الذى يتبقى بعد سقى المتقدم فى الاحياء لأرضه التى أحياها أولا فانه لا يمنع صاحب هذا الحق منه لسقى أرضه التى أحياها من بعد ، فيكون له الحق فى الصبابة فيأخذ المتقدم كفاية أرضه فقط وتقـــدر الكفاية بوقت الاحياء ان عرف فان لم يعرف فالعبرة بوقت السقـــى والباقى يكون للذى الصبابة .

خامسا : الماء الموجود بباطن أرض الغير :

تنص المادة ١٢٥٤ على أنه لا يمنع شخص من جر ماء موجود فى ملك غيره اذا كان جره من ملك نفسه الا أن يكون وجود الماء فى ملك الغير ناتجا عن قسمة بينهما ، ويمنع من جر نصيبه من الماء لسقـى أرض غير ذات الحق اذا كان ذلك يضر بمن له حق على الماء كـأن تجف ساقيته .

يبين النص أنه اذا كان الماء المباح موجودا فى باطـن أرض الغير فان جاره لا يمنع من جره الى أرضه بحفر بئر فيها ، مادام

ان حفر البئر أو المجرى يكون فى أرض من يجرى الماء الى أرضه ، ويستثنى من ذلك بين الجارين قسمة للماء ، فان اتفقوا عليه ينفذ لأن المؤمنين عند شروطهم .

ويلاحظ انه اذا لم يكن للأرض التى يجرى اليها الماء حق الشرب من الماء المقسوم كأن كانت تروى من ماء يأتى من جهة أخرى وكان النصيب من الماء مخصصا لأرض غيرها فانه لا يجوز للجار أن يجر نصيبه من الماء ليروى الأرض التى ليست بذات حق متى كان ذلك يضر بجاره كأن يكون جر الماء ليروى أرض غير ذات حق يؤدى الى جفاف ساقية الجار .

ثانيا : حق المجرى

يتمثل حق المجرى فى أحقية مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه فى أن تمر بأرض جاره المياه الكافية لرى أرضه ، أى أننا بصدد حق لمالك الأرض على أرض الجار ، لذا فهو قيد مقرر على الملكية لمصلحة خاصة . فالجار يستطيع أن يشق مجرى للمياه فى أرض جاره حتى يصل الى مورد المياه .

ونص المادة ١٠٥٤ يمنى على حق الجار فى المجرى بقولها " يلزم صاحب الأرض أن يسمح بمرور المياه الكافية لرى الأراضى البعيدة عن موارد المياه .. مقابل تعويض عادل " . يتضح من النص أن هناك عدة شروط لفرض حق المجرى على الجار :

١ ـ يجب أن تكون أرض الجار بعيدة عن مورد المياه أيا كان هذا المورد : نهرا أو ترعة عامة أو مسقاة خاصة .

٢ ـ يجب أن يكون مالك الأرض البعيدة له حق الشرب اذا كان يطلب حق المجرى من مسقاة خاصة ، أى ينبغى أن يكون المالك قد حصل على حق الشرب بالاتفاق مع صاحب المسقاة .

٣ ـ يجب تعويض المالك المطلوب مرور المياه فى أرضه تعويضا عادلا ، ويشمل التعويض مقابل حرمانه من الانتفاع بالأرض التى بها المجرى ، بالاضافة الى التعويض عن كل الأضرار التى تصيبه بسبب المجرى .

أى أن مجرى الماء يتم تقريره فى الأراضى المتوسطة بين الأرض المستفيدة وبين مصدر الماء فى مقابل تعويض عادل يقدره عدول

بحسب الزمان والمكان ، وان يتم دفع التعويض معجلا ، ويستثنى من ذلك أن يكون العرف المحلى قد جرى بغيره ،فان العرف هو الذى يطبق لأن العادة محكمة ٠

ويشترط كذلك أن لا يضر انشاء المجرى بأرض الغير ضررا بينا ،واذا وقع الضرر فعلا بعد انشاء المجرى وجريان الماء فيه فان على صاحب المجرى تعويض صاحب الأرض عن الضرر الذى أصابه تعويضا عادلا (م١٢٥٨) ٠

٤ ـ يتحمل صاحب حق المجرى كل تكاليف انشائه وصيانته ، ويلتزم باجراء كل الاصلاحات اللازمة لتعميره ولرفع الضرر عن الأرض التى يمر فيها ،واذا امتنع كان لصاحب الأرض اجراء الاصلاحات اللازمة ٠ ويرجع على صاحب المجرى بما انفق بالقدر المتعارف عليه (م ١٢٥٧) ٠

تمييز حق المجرى عن حق الشرب:

حق المجرى هو حق مالك أرض فى جريان ماء الرى فى أرض غيره للوصول الى أرضه ،فاذا ثبت هذا الحق لأحد فليس لمالك

الأرض التي تجرى فيها المياه منعه (م ١٢٥٦) .

اذا كان حق الشرب هو شرب الأرض والانسان والدواب من مصدر مائى ، فان حق المجرى هو جريان الماء فى أرض الغير للوصول الى أرض صاحب الحق ، واذا ثبت هذا الحق لأحد ، فلا يجوز لصاحب الأرض التي يجرى فيها الماء أن يمنع صاحب الحق منه .

أى أنه يحق لمالك الأرض البعيدة عن المصدر الذى يحصل منه على المياه لرى أرضه فى أن يحصل على مجرى للماء فى الأراضى المتوسطة بين أرضه وبين مصدر الماء . واذا تقرر حق المجرى فى الأرض المتوسطة بين مصدر الماء وبين الأرض التي لها حق الرى ، فان على صاحب الأرض المتوسطة أن يسمح بمرور المواسير الحديدية اللازمة لوصول الماء (م ١٢٥٩) .

أحقية صاحب العقار الخادم فى التعويض والانتفاع بالمجرى :

يتم تقرير حق المجرى فى أرض الغير مقابل تعويض عادل يدفع مقدما ، واذا تم تنفيذ هذا المجرى من خلال وضع مواسير بأرض الجار لمرور المياه بها أو عمل منشآت لهذا الغرض ، فان ذلك

مشروط بأن لا يعود ذلك بالضرر على الأرض التي أقيم فيها المجرى أو المنشآت اللازمة له ، والا كان صاحب المجرى ملزما بتعويض مالك العقار المرتفق به (الخادم) عن الضرر الذى يصيبه من جراء ذلك (م ١٢٦٠) .

ولصاحب الأرض التى يمر بها المجرى حق الانتفاع بها بشرط أن يشارك فى مصاريف اقامتها وأن يدفع مقابل انتفاعه بها بنسبة مايعود عليه من نفع لصاحب المجرى الذى دفع مقدما التعويض العادل عن المجرى ، ولذلك فان له الحق فى أن يأخذ مقابلا عادلا للانتفاع بمنشآته من مالك الأرض (م ١٢٥٩) .

ثالثا : حق الصرف

تنص المادة ١٠٥٣ على أن من أنشأ ساقية أو مصرفا للماء فى ملكه ، فلا يجوز لجيرانه استعمالها الا اذا اتفقوا معه على ذلك بعارية أو نحوها ، فيطبق ما اتفقوا عليه ، ويعتبر اشتراك الجيران مع المالك فى نفقات انشائها وصيانتها دليل على رضاه .

يجوز لمالك الأرض أن يستعمل المصرف الخاص المملوك لجاره ،

بعد أن يستوفى الجار حاجته ،وذلك لصرف المياه الزائدة ، على أن يشترك المالك المنتفع بالمصرف مع صاحبه .فى تحمل نفقات انشائه وصيانته . ونفس الحكم بالنسبة للساقية .

ولكن النص لا يفرض هذا الحق على الجار ، بل يتقرر ذلك باذن الجار وبالاتفاق معه على كيفية الانتفاع وشروطه ،لذا لا نكون بصدد قيد بالمعنى الدقيق على حق الملكية .

يلتزم الشركاء فى الساقية أو المصرف القيام بالاصلاحات الضرورية التى تحتاج اليها لكى يمكن الانتفاع بها ،أو لكى يمتنع ضررها ،ويجبرون على ذلك اذا طلبه أحدهم ، أو من وقع عليه الضرر كصاحب الأرض التى تمر فيها الساقية أو المصرف، ويكون اشتراك المنتفعين فى تلك النفقات كل بنسبة انتفاعه منها ،فلا تقسم على الرؤوس، وانما بحسب المنفعة (م ١٠٥٥) .

رابعا ـ حق المسيل

يلزم صاحب الأرض أن يسمح بمرور المياه الزائدة بصرفها فى أقرب مصرف عمومى فى مقابل تعويض عادل . واذا أصاب الأرض ضرر

من ساقية أو مصرف يمر بها فان لمالك الأرض أن يطلب تعويضا كافيا عما أصابه من ضرر وليس لمن فى ملكه حق مسيل أو اساحة أن يمنع المعتاد وان ضر (م ١٠٥٤) .

يقرر المشرع حقا للجار البعيد عن المصرف فى أن يمر ماؤه فى الأراضى المتوسطة بين المصرف وبين أرضه فى مقابل تعويض عادل. فاذا أنشأ الجار لهذا الغرض ساقية أو مصرفا فى أرض جيرانه وأصاب الجيران ضرر منها كان عليه أن يعوض مالك الأرض عن هذا الضرر ، ومتى ثبت للجار حق المسيل أو الاساحة فليس للمالك أن يمنع عنه ما جرت به العادة وان ضر .

حق المسيل يقابل حق المجرى ، لذا فهو يشكل قيدا على ملكية الجار ، حيث يلتزم بتقرير هذا الحق لجاره مقابل تعويض عادل يشمل قيمة الأرض التى بها يجرى الصرف ، ويشمل كذلك الاضرار التى يسببها لأرض الجار .

المسيل اذن هو طريق اسالة المياه الطبيعية أو تصريف المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة فى ملك الغير (م ١٢٦١) . أى

أن حق المسيل يتمثل في اسالة المياه الطبيعية كمياه المطـــــر وتصريف المياه غير الصالحة للاستعمال ، أو الزائدة عن الحاجة في ملك الغير تخلصا منها الى مكان أعد لذلك عرفا .

ويفرق المشرع اليمني بين نوعين من حق المسيل : القانونـــي أو الاتفاقي .

المسيل القانوني :

يقرر القانون المسيل كحق قانوني لكل مالك في أرض الغـــير اذا كان الصرف الى مصرف عمومي أو مكان عام متعارف عليه ، أي المسيل الطبيعي الموجود بالفعل الذي يقره العرف .

وتنص المادة ١٢٦٣ على أن لمالك الأرض الذي يروي أرضـــه بالمياه الطبيعية أو المستخرجة حق تصريف المياه غير الصالحـة أو الزائدة عن حاجته الى المكان المتعارف عليه بمرورها في أرض بواسطة مواسير حديدية شريطة أن لا يضر بمالكي الأرض مقابل تعويض عادل .

يبين النص أن لصاحب الأرض عند ريها من المياه الطبيعيـــة

أو المسـ فرجة حق تصريف الزائد فيها أو غير الصالح الى المكان المتعارف عليه بتصريف المياه ويبنى على ذلك أنه اذا كانت أرضه بعيدة عن مكان تصريف المياه ، وبينها وبين هذا المكان أراضـــي متوسطة مملوكة للغير فانه يكون له الحق في مرور الماء بواسطـــــة مواسير حديدية في الأرض المتوسطة مقابل تعويض عادل علـــى أن لا يضر بالأرض المملوكة التي تمر مواسيره بها ، ويقدر هذا التعويض بواسطة عدول ويتم دفعه مقدما لملاك الأراضي المتوسطة كل بقدر نصيبه .

فالمشرع يقر المسيل الطبيعي الى الأماكن المتعارف عليهـــا ، وهذا المسيل الزامي لكل الملاك ولا يجوز المساس به أو اعتراضه .

وتؤكد هذا المعنى المادة ١٢٦٢ بقولها : تتلقى الأراضـــي المنخفضة المياه السائلة سيلا طبيعيا من الأراضي العالية دون أن يكون ليد الانسان دخل في اسالتها ، ولا يجوز لمالـــك الأرض المنخفضة أن يقيم سدا لمنع هذا السيل من الوصول الى ملكه ، كما لا يجوز لمالك الأرض العالية أن يقوم بعمل يزيد به من عبء الأرض المنخفضـــــة .

ويعين النص أن حق المسيل يكون على الأرض المنخفضة للأرض العالية بالنسبة للمياه السائلة سيلا طبيعيا كمياه المطر ، بشرط أن لا يتدخل الانسان في تحديد اتجاه الماء وجهة معينة بالذات ، واذا ما ثبت الحق على هذا الوجه فانه لا يجوز لصاحب الأرض المنخفضة أن يقيم سدا لمنع الماء السائل سيلا طبيعيا لوصوله الى الأرض ، كما لا يجوز لصاحب الأرض العالية أن يفعل شيئا يزيد به العبء على الأرض المنخفضة .

المسيل الاتفاقي :

ويكون المسيل اتفاقيا أي لا يتقرر الا باتفاق ذوي الشأن اذا كان يصب في مصرف خاص أو تم انشاؤه بفعل صاحب الأرض أي مسيلا صناعيا أو مستحدثا .

تنص المادة ١٢٦٦ على أنه لا يجوز لأصحاب المنشآت الجديدة تصريف مياهها الى ملك الغير دون اذن منه .

يواجه النص حكم تصريف مياه المنشآت الجديدة غير الصالحة أو الزائدة وهي المنشآت التي تقام بعد سريان هذا القانون الشرعي ،

فانه لا يجوز تصريف مياها فى ملك الغير الا باذنه ورضاه .

وعلى مالك العقار أن يهيئ سطحه بصورة تسيل فيها مياه الأمطار فى أرضه أو فى الطريق العام مع مراعاة ما تقضى به القوانين واللوائح والأنظمة الخاصة ،ولا تجوز اسالة هذه المياه فى أراضى الغير المجاورة (م ١٢٦٧) .

يلزم المشرع ملاك العقارات من مبان وغيرها أن يهيئوا أسطحها بصورة تجعل مياه الأمطار تسيل منها الى الاتجاه الصحيح لتصريفها فى أرض مملوكة لصاحب العقار أو الى الطريق العام وأن يراعوا فى ذلك ماتقضى به القوانين واللوائح والأنظمة الخاصة ، وأنه لاتجوز اسالة المياه فى أرض الغير المجاورة الا باذنه ورضاه وذلك بالنسبة للمنشآت المستحدثة بعد سريان القانون .

وكقاعدة عامة لا يجوز لأحد انشاء مسيل ضار فى ملك الغير أو فى الطريق العام أو الخاص ،ويرفع الضرر بالازالة (م ١٢٦٥) .

فاعمالا لقاعدة لا ضرر ولا ضرار وان دفع المضار أولى من جلب المنافع ،فانه لا يجوز لأحد اقامة مسيل ضار فى ملك غيره أو فى طريق

عام أو خاص،واذا حصل ذلك فان الضرر يزال ٠

خلاصة ما سبق أن حق المسيل يعتبر قيد قانونى الزامى على ملكية الجار اذا تعلق الأمر بالصرف فى مصرف عام أو كان المسيل طبيعيا وقائما قبل صدور القانون ويصب الماء فى مكان متعارف عليه ، هذا لايجوز للجار صاحب العقار الذى يمر به المسيل أن يعترض عليه أو يمنعه ٠

أما اذا كان المسيل يصب فى مصرف خاص أو كان مستحدثا فانه يعتبر بمثابة حق ارتفاق اتفاقى لا ينشأ الا بالاتفاق أو بالتراضى بين ذوى الشأن ٠

حق صاحب العقار الخادم فى الانتفاع بالمسيل :

لملاك الأراضى التى تجرى فيها مياه المسيل أن ينتفعوا بالمنشآت الخاصة بتصريف مياه أراضيهم على أن يتحمل كل منهم نفقات اقامة هذه المنشآت وتعديلها وصيانتها كل بنسبة ما يعود عليه من فائدة (م ١٢٦٤) ٠

فاذا أنشىء مسيل فى أرض الغير وأقيمت المنشآت اللازمة له فان لاصحاب الأراضى التى يمر فيها أن ينتفعوا به وبمنشآته بشرط أن يتحمل كل منهم نصيبه فى النفقات وأجرة الانتفاع بنسبة انتفاعه وما يعود عليه من فائدة ٠

الفصل الثالث

حق المرور

تنص المادة ١٠٥٦ يمنى على أن لملاك الأراضى المحبوسة عن الطريق العام المرور فى الأراضى المجاورة للوصول اليها بحسب العرف. وينشأ الممر فى الأرض التى يكون المرور فيها أخف ضررا .

تبين المادة حق الملاك المحبوسة أملاكهم عن الطريق العام فيكون لهم الحق فى المرور اليها عبر الأراضى المتوسطة ، ويتم ذلك بحسب العرف على أن لا يضر بالأرض التى يكون المرور منها ويراعى نفى الضرر قدر الامكان وهذا اذا لم توجد طريق بين الأملاك كما هى العادة .

يضع النص قيدا على المالك لصالح جاره صاحب الأرض المحبوسة حيث يستطيع المرور فى أرض الجار ليصل الى الطريق العام ، وقد وضع القيد لتحقيق مصلحة خاصة بالجار الا أنها ضرورية فبغيرهذا الطريق لن يتيسر استغلال الأرض الاستغلال الاقتصادى المطلوب ،

ونظرا لأننا أمام قيد هام يحد من سلطات المالك فانه ينبغى

اعماله في النطاق الذى رسمه القانون ويقدر الحاجة التى تدفع اليه •

شروط تقرير حق المرور :

يتقرر حق المرور بتوافر شروط معينة :

١ ــ وجود أرض محبوسة عن الطريق العام :

يجب أن تكون أرض الجار محبوسة عن الطريق العام ، أى أن تكون محاطة بأراضى الجيران دون أن يكون لها منفذ يوصلها بالطريق العام • وتعتبر الأرض محبوسة كذلك اذا كان لها ممر ولكنه غير كاف أى لا ييسر الوصول الى الطريق الا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة •

ولا تعتبر الأرض محبوسة اذا كان لها ارتفاق بالمرور على أرض الجار أو كان لها طريق غير مريح أو طويل •

ويقدر قاضى الموضوع بعد الاستعانة بأهل الخبرة ما اذا كانت الأرض محبوسة من عدمه ومدى كفاية الممر الذى يربطها بالطريق العام ، وتلك مسألة نسبية تتوقف على نوع استغلال الأرض التى يتقرر

لها حق المرور ، فقد يتطلب وجود مصنع بالأرض مرور سيارات كبيرة اليها لنقل البضائع مما يتطلب حاجتها الى طريق كاف وليس مجرد ممر صغير لمرور السكان .

وحيث أن معيار تقرير حق المرور مناطه الحاجة اليه على الوجه المناسب لاستغلال الأرض، فان هذا الحق يتغير بحسب تغيير الاستغلال ، فاذا تم انشاء مصنع بالأرض المحبوسة بعد أن كانت تستخدم فى الزراعة ،فقد يصبح الطريق الأول غير كاف مما يقتضى توسيعه أو البحث عن طريق آخر أكثر ملائمة ، والعكس صحيح اذا تغير الاستغلال بحيث أصبحت حاجة الأرض المحبوسة الى الطريق أقل فانه يمكن تضييقه على نحو يتفق مع الاستعمال الجديد لها .

٢ ـ يجب ألا يتحقق الانحباس بفعل المالك :

يضع الفقه هذا الشرط المنطقى رغم عدم اشتراط النص له ، اذ لا يعقل اعطاء حق المرور للجار اذا كان هو الذى تسبب بفعله فى حبس أرضه عن الطريق العام ، كأن يقيم مبنى فى الجزء الذى يتصل بهذا الطريق ، وكذلك الحال اذا كان له ارتفاق

بالمرور على أرض مجاورة ثم تنازل عنه أو تركه .

ونفس الحكم اذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عـــــن تجزئة عقار تمت ، بناء على تصرف قانونى ، وكان من المستطاع ايجـاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار ، فلا تجوز المطالبة بحق المـــــرور الا فى هذه الأجزاء . ذلك أن العقار الذى يكون متصلا اتصـــالا كافيا بالطريق العام ثم يجزئه مالكه بتصرف برضاه ، ويكون من شأنه أن يحبس جزءا منه عن الطريق العام ، فحق المرور لهذا الجزء يجـــب أن يتقرر على الأجزاء الأخرى كما كان الأمر قبل تجزئة العقار .

٣ ـ يجب اختيار الطريق المناسب :

ينبغى تحديد الطريق اللازم للأرض المحبوسة من أقرب سبيل الى الطريق العام ، واختيار المكان الأقل ضررا لأننا بصدد قيد على ملك الجار فينبغى اعماله بقدر الضرورة فقط . ويقدر القاضـــــى الطريق المناسب فى الأرض المناسبة على ضوء ظروف كل حالة عـــلى حده ، ويتوقف ذلك على طبيعة الأرض المحبوسة والأرض المحملة بحق المرور ، فقد يتقرر الطريق على سطح الأرض أو من فوق جسر معين

أو من تحت الأرض (ممر سفلى) أو من خلال باب معين ، ويتم اختيار العقار المجاور الذى يكون المرور فيه أخف ضررا من العقارات الأخرى .

والأصل أن يتم تحديد الطريق بالاتفاق بين مالك الأرض المحبوسة والجار ، وفى حالة عدم الاتفاق تولت المحكمة تعيين الطريق وطريقته وذلك من خلال الاستعانة بأهل الخبرة .

وقد يحدث أن يمر مالك الأرض المحبوسة من مكان معين فى أرض الجار ويستمر ذلك مدة طويلة دون اعتراض الجار على المرور أو امكانه ، هنا يستقر حق المرور وليس للجار أن يعترض عليه بعد ذلك .

٤ ـ يجب دفع التعويض المناسب :

ان تقرير حق المرور للأرض المحبوسة يكون مقابل التزام صاحب تلك الأرض بدفع التعويض العادل للجار المطلوب المرور فى أرضه ، ويقدر التعويض بقدر الضرر الذى يلحق بالجار . ويتم تقدير التعويض بالاتفاق بين الأطراف والا قدرته المحكمة . ويمكن أن يحدد التعويض فى صورة مبلغ اجمالى أو على أقساط تدفع فى أوقات

معينة مقابل الانتفاع .

المرور على سبيل التسامح :

اذا ثبت لاحد حق المرور فى أرض مملوكة لآخر فليس لصاحبها منعه ما لم يكن مروره على سبيل التسامح (م١٢٤٨) .

أى أنه اذا ثبت لشخص حق المرور فى أرض مملوكة للغير ، فلا يجوز لصاحب الأرض منعه ، الا أن يكون ثبوت حق المرور للغير على سبيل التسامح بدون مقابل ، فانه يكون لصاحب الأرض الرجوع فيما تسامح به فى أي وقت .

معنى ذلك أنه اذا توافرت شروط حق المرور القانونى للأرض المحبوسة فى أرض الغير ، فان هذا الحق يثبت للمالك ، ويصبح قيد قانونى على ملكية الجار ، وليس له الاعتراض عليه أو منعه .

أما اذا لم تتوافر شروط ذلك الحق القانونى فى المرور ، وكان المالك يمر فى أرض الجار على سبيل التسامح بدون مقابل ، فانه يكون لصاحب الأرض الرجوع فيما تسامح فيه فى أى وقت .

قواعد استعمال الطريق العام :

وضع المشرع عدة قواعد لاستعمال الطريق العام تيسر الانتفاع به من قبل الجميع :

١ ـ لكل مالك على طريق عام أن يفتح أبوابا ونوافذ ويقيم حواجز وميازيب طبقا لما تقضى به القوانين واللوائح ، ولا يجوز تضييق قرار السكك العامة النافذة ولا هواها بشىء الا أن يكون ذلك لا يضر بمصلحة عامة أو خاصة ، وبتصريح من السلطات الرسمية المختصة (م ١٢٤٠) .

يبين النص حقوق الملاك الذين تقع عقاراتهم على الطريق العام وان لهم أن يفتحوا أبوابا ونوافذ الى الطريق العام ، ويقيموا في أملاكهم حواجز وميازيب تمتد اليه بشرط أن يكون ذلك موافقا لما تقضى به القوانين واللوائح التى تضعها السلطات المختصة فى هذا الشأن كسلطات البلديات .

ولا يجوز تضييق قرار (مجرى) السكك العامة النافذة ولا هواها بشىء الا أن يكون ذلك مما لا يضر بمصلحة عامة أو خاصة ، وبتصريح

من السلطات الرسمية المختصة • ويقصد بقرار الطريق الجزء من الأرض الذى يشغله الطريق ،وهواء الطريق هو الفضاء الذى يقع فوق الأرض التى تشغلها الطريق •

٢ ــ ترفع عن الطريق العام الأشياء الضارة بالمرور فيه ولو كانت قديمة ، ويتبع فى شأنها ما تقضى به القوانين والأنظمة الخاصة بالطرق العامة (م ١٢٤١) •

يوجب القانون على الأفراد والسلطات العامة المختصة رفع الأشياء التى تضر بالمرور فى الطريق العام منه ولو كانت قديمة ، وان يتبع فى شأن ذلك ما تقضى به القوانين والأنظمة الخاصة بالطرق العامة ، لأنه لا حق لأحد فى ملك عام الا فيما أعد له من مصلحة •

قواعد استعمال الطريق الخاص :

يبين المشرع أسس استعمال الطريق الخاص من قبل أصحابه على النحو التالى :

١ ــ الطريق الخاص كالملك المشترك لمن لهم حق المرور فيه ، ولا يجوز لأحد أصحاب الحق فيه ان يحدث شيئا فيه بغير اذن

الباقين الا المعتاد (م ١٢٤٢) .

فالطريق الخاص يكون ملكية مشتركة بين من لهم حق المرور فيه ، ولا يجوز لأحدهم أن يحدث شيئا فيه بغير اذن باقيهم الا المعتاد الذى جرت العادة على احداثه ، لأن العادة محكمة .

٢ ـ لا يجوز لغير الشركاء فى الطريق الخاص فتح أبواب اليه أو المرور فيه ، ولكن يجوز للمارين فى الطريق العام الدخول فى الطريق الخاص عند الضرورة .

للشركاء فى الطريق الخاص دون غيرهم الحق فى المرور فيه ، والحق فى فتح أبواب ونوافذ اليه . ولكن يجوز للمارين فى الطريق العام الدخول فى الطريق الخاص للضرورة كاتقاء سيارة تمر فى الطريق العام وما الى ذلك .

٣ ـ اذا قام أحد الشركاء فى الطريق الخاص بسد بابه المفتوح اليه فلا يسقط حقه فى المرور فيه ويجوز له ولخلفه من بعده أن يعيد فتح الباب متى شاء (م ١٢٤٤) .

ان حق الشريك فى الطريق الخاص فى فتح باب على هــذا الطريق هو حق دائم ،فاذا سد الباب المفتوح اليه فلا يسقط حقه فى المرور أو اعادة فتح الباب فى أى وقت ، ومهما طالت المدة على ذلك ، أى أن هذا الحق لا يسقط بعدم الاستعمال ، ويظل قائما للشريك ولخلفائه من بعده .

٤ ـ السكك الخاصة النافذة يجوز تضييق قرارها وهوائهـــا للمصلحة المعتادة الخاصة بأهلها وبأحدهم بما لا يضر كالميزاب والساباط والروش ، والمسيل والبالوعة (م ١٢٤٥) .

يجوز للشركاء فى السكك الخاصة تضييق قرارها وهوائهـــا لمصلحتهم المعتادة الخاصة بهم أو بأحدهم بما لا يضر بالآخرين مثال ذلك الميزاب لا سالة ماء المطر والساباط وهواء السقيفة بـــين دارين والروش وهو الكشك أو الدكة للجلوس والمسيل والبالوعة بشرط أن لا يمنع ذلك من المرور فى السكة لأن الأصل أنها اعدت للمـرور فيها .

٥ ـ تكاليف اصلاح الطريق الخاص على كل من الشركاء فيـــه

بنسبة ما يعود عليه من فائدة (م ١٢٤٧) ، أى أن تكاليف الاصلاح والصيانة تقسم على الشركاء فى الطريق الخاص بنسبة انتفاع كل منهم وليس على عدد الرؤوس.

٦ ــ وبالنسبة للسكة المنسدة أى غير النافذة (الطريق الخاص المفتوح من جانب والمقفول فى نهايته) ، هذا الطريق يكون قاصرا على أهله لأنه مملوك لهم ملكية مشتركة ، ولا يجوز لأحدهم فعل شىء فى هذه السكة المنسدة الا باتفاق الشركاء جميعا على ذلك (م ١٢٤٦) .

الفصل الرابع

الحدود والجدار المشترك

أولا

الحدود

ان طبيعة حق الملكية تقتضى تحديد وتعيين الشىء المملوك ، أى بيان كيفية فصله عن غيره وتمييزه كشىء معين بذاته . هذا التعيين لا يثير صعوبة بالنسبة للمنقول حيث يقبل الانتقال بطبيعته وينفصل ماديا عن باقى الأشياء . أما بالنسبة للعقار فان طبيعته وموقعه توجب تحديده ماديا من خلال وضع العلامات الفاصلة بينه وبين العقارات المجاورة .

ونظرا لأهمية تحديد الأراضى تحديدا ماديا فان القانون يخول كل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لاملاكهما المتلاصقة وتكون نفقات التحديد شركة بينهما ، ويتم ذلك عن طريق وضع علامات مادية ظاهرة تبين حدود كل منهما ، كوضع فواصل الطوب أو الحديد ومد خطوط مستقيمة بين هذه الفواصل .

تنص المادة ١٠٥٧ يمنى على حق الجار على جاره فى وضـــع اعلام لاملاكهما المتلاصقة (أوثانا أو غيرها) ، وتكون نفقات التحديد مناصفة بينهما . وذلك لأنهما يشتركان معا فى الحد الفاصل بينهما بصرف النظر عن مقدار ما يملكه كل منهما .اذا كان الحد الفاصـــل بين المالكين .

الأصل أن يتم الاتفاق على الحدود الفاصلة ووضع العلامـــات الظاهرة عليها فيما بين الملاك المتجاورين ،والاكان لأى منهم أن يرفع دعوى وضع الحدود ويقوم القاضى بتطبيق مستندات الملكيـــة على الطبيعة ووضع علامات مادية للحدود .

ويجوز تعيين الحدود بين الأراضى الزراعية والأراضى المعدة للبناء وبين المبانى اذا كان التلاصق بينها من جهة تركت فضـــاء . ويجب أن يكون هناك تلاصق بين الجارين ، ولا يتحقق التلاصـــق اذا وجد بين الملاك طريق أو مجرى عام ، أما ان كان الفاصـــل بين الملاك طريق أو مجرى خاص فان التلاصق يقوم وتثور مسألة وضع الحدود .

ثانيـا

الحائـــط الفاصـل

القاعدة أنه اذا كان وضع الحدود بين الأملاك المتلاصقـة اجباريا بناء على طلب أى من الملاك ، فان تحويط الملك من جميع جوانبه بسور أو سلك أو نحو ذلك ليس اجباريا . فالمالك حر فـى تحويط ملكه أو عدم تحويطه كما يشاء ، اذ ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه .

يجوز لكل مالك اذن أن يحيط ملكه بحائط خاص به ، وقـد يشترك مع جاره فى ملكية الحائط ، ونعرض للأحكام الخاصة بكل حالة .

الحائط الفاصل المملوك ملكية خاصة :

تنص المادة ١٠٦٢ مدنى على أنه ليس لجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ، ولا على النزول عن جزء من حائط اقامه فى ملكه .

يؤكد النص حرية المالك فى تحويط ملكه وله وحده كافة سلطـات المالك على الحائط الذى يقيمه لفصل ملكه عن ملك الجيران ، فهـو

صاحب الحق فى استعماله والتصرف فيه ماديا أو قانونيا ، وليس للجار أن يجبر المالك على النزول عن جزء من ملكية الحائط له .

لكن المشرع المصرى وضع قيدا على سلطة المالك فى هذا الشأن بنصه على أنه " ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط" .

وهذا النص وان لم يوجد بالقانون اليمنى الا أنه يمكن اعمال حكمه تطبيقا للمادة ١٩ التى ترسى مبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق . فالمالك الذى يهدم الحائط دون عذر قوى مسببا بذلك ضررا كبيرا للجار الذى يستتر ملكه بهذا الحائط يكون متعسفا فى استعمال حقه لأنه يرمى الى تحقيق مصالح قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البته مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

ويشترط لتطبيق هذا القيد شروط ثلاثة :

الأول : أن يكون ملك الجار مستترا بالحائط ، أى أن يكون مسورا من جهاته الثلاث ، وان يكون الحائط الفاصل هو الضلع الرابع .

الثانى : ان يترتب على هدم الحائط ضرر بالجار ،فاذا كان ملك الجار مجرد أرض فضاء خالية ،لم يجز له ادعاء وجود ضرر ، وليس له الاعتراض على الهدم .

الثالث: ألا يكون هناك عذر قوى فى الهدم ،وتقدير العذر أمر متروك لقاضى الموضوع حيث يفاضل القاضى بين المصالح القائمة . ومن الأمثلة على وجود العذر الرغبة فى الهدم بهدف اعادة البناء بصورة أحدث أو أكبر أو أيلولة الحائط للسقوط .

ويقتصر حق الجار على الانتفاع السلبى بحائط جاره أى بمجرد الاستتار به . وليس له أن يستند اليه ببناء أو أخشاب أو غيرذلك .

الحائط المشترك:

يعتبر الحائط المشترك صورة من صور الملكية الشائعة ،وهو يختلف عن الحائط المملوك ملكية خاصة ، ويكون الحائط مشتركا اذا اشترك الجاران فى اقامته ، أو اقامة احدهما وسمح باشتراك الجار الآخر فيه بمقابل أو بدون مقابل .

اثبات ملكية الحائط المشترك:

تنص المادة ١٠٦١ يمنى على أن " الجدار بين بنائين لمن بين ثم لمن تؤيده القرائن المتعارف عليها ، ويقدم اتصال الجدار ببناء أحد الجارين ،ثم لذوى الجذوع ، ثم لمن ليس اليه توجيه البناء أو نحو ذلك والا فهو مشترك بينهما".

القاعدة ان كل جار يستطيع اثبات الصفة المشتركة فى الحائط من خلال تقديم المستندات المثبتة لذلك. لكن القانون وضع قرينة بسيطة مؤداها اشتراك الجارين فى ملكية الحائط، ويستطيع أى منهما اثبات العكس بتقديم الدليل على انفراده بالملكية.

واعمال القرينة السابقة يقتضى أن يكون الحائط فاصلا بين بنائين منذ انشائه ، أى أن يكون البناءان قد اقيما فى وقت واحد ، اما ان كان أحدهما مقاما قبل الآخر فان الحائط يعتبر جزءا من البناء الأول وملكا لصاحبه.

يبين النص السابق كيفية الاستدلال على ما اذا كان الجدار الفاصل بين بنائين مشتركا بين أم لا ، فيكون ذلك بقرائن الحال

المتعارف عليها ، فان كان الجدار متصلا ببناء أحد المالكين دون الآخر فهو للأول لما يتضح من أنه هو الذى بناه ، ثم عن وضع جذوعه على الجدار لأنه لا يستعمله على هذا النحو الا اذا كان مالكا له ، ثم لمن ليس اليه توجيه البناء وهكذا والا فهو مشترك بين الجارين .

استعمال الحائط المشترك :

تبين المادة ١٠٥٨ حقوق الشركاء فى استعمال الحائط المشترك بقولها : " للمالك فى الجدار المشترك أن يستعمله بحسب ما أعد له وله أن يضع فوقه عوارض ليستند عليها السقف دون أن يحمله فوق طاقته " .

يجيز القانون لكل شريك استعمال الحائط بشرط ألا يحول ذلك دون استعمال الشريك الآخر له ، وله أن يضع فوقه عوارض يستند عليها سقف بنائه دون أن يحمله فوق طاقته ، أى أنه يضع فى حدود نصف الثقل الذى يتحمله بحيث يبقى فى طاقة الحائط ما يكفى الشريك فى استعمال مماثل .

ويجب أن يكون الاستعمال في حدود الغرض المخصص له الحائط الا وهو الاستتار به وتحميل السقف فوقه ، ولا ينبغي أن يتجاوز ذلك بفتح مطلات به أو حفر خزائن أو مداخن على نحو يتعارض مع طبيعته . ويقدر قاضي الموضوع طبيعة الاستعمال ومدى اتفاقه مع الغرض من الحائط وله أن يمنع ويزيل كل استعمال مخالف .

اصلاح الحائط وتجديده :

طبقا للمادة ١٠٥٨ اذا أصبح الجدار المشترك غير صالح للغرض الذي خصص له عادة ، فان نفقة اصلاحه أو تجديده تكون على الشركاء كل بنسبة حصته فيه .

ان استمرار الانتفاع بالحائط يتطلب دوام صيانته والحفاظ عليه ، لذا يلزم القانون كل جار بالمساهمة ، بنسبة حصته في الحائط في نفقات الاصلاح والتجديد ما دام ذلك ضروريا للغرض المعد له أصلا .

ويلتزم الشريك الذي يتسبب بخطئه في تصدع وتلف الحائط بأن يتحمل وحده نفقات الاصلاح والترميم ، وكذلك الحال اذا كان

الهدف من اصلاح وتجديد الحائط تحقيق مصلحة خاصة به ٠

اعادة بناء الحائط

تواجه المادة ٨٥ ١٠ فرض اختلال الحائط المشترك أو تهدمه مما يقتضى اعادة بنائه فتنص على أنه " ان كانت للشريكين حمولة لزمهما اعادة بنائه ، فان تمرد الشريك أو كان غائبا كان لشريكه باذن من القضاء اعادة بناء الحائط والرجوع على شريكه بنصيبه فى النفقة والمصاريف ٠ وان كان لأحد الشريكين حمولة على الحائط دون الآخر ، يجبر الآخر على اعادة البناء مطلقا ، واذا تمرد الشريك أو كان غائبا فلصاحب الحق باذن القضاء اعادة البناء والرجوع على شريكه بنصيبه فى النفقة والمصاريف وفى جميع الأحوال اذا أعاد الشريك بناء الحائط بدون رضاء شريكه وبدون اذن من القضاء ولا ضرورة فلا رجوع له بشىء على شريكه ٠

يتضح من النص أنه اذا اختل الحائط المشترك أو تهدم فان نفقات اعادة بنائه تكون عليهما معا كل بنسبة نصيبه فيه ، سواء أكان للشريكين معا حمولة عليه أو لأحدهما فقط ٠

ويستطيع من يقوم بالبناء أحد الشريكين ويرجع على الآخر بنصيبه في النفقات بشرط موافقة الشريك الآخر ، أو اذن القضاء في حالة عدم موافقته أو غيابه أو ان تكون هناك ضرورة ، والا فلا رجوع على شريكه بشيء .

تعلية الحائط المشترك :

يمكن أن يتفق الشركاء على تعلية الحائط اذا كانت لهم مصلحة مشتركة في ذلك وتحملوا نفقات التعلية كل بنسبة نصيبه . أما ان كان التعلية من مصلحة أحد الشركاء فقط فان المادة ١٠٥٩ تواجه هذا الفرض بقولها ان للشريك في الجدار المشترك الحق في تعليته اذا كانت له مصلحة في ذلك بشرط أن تكون التعلية على نفقته ، وان يقوم بما يلزم لجعل الجدار يتحمل زيادة العبء الناشئة عن تعليته فله أن يقويه مثلا أو يضع له دعامات وأن يتولى بنفسه وعلى نفقته صيانة الجزء المعلى .

واذا تبين أن الجدار غير صالح بحالته لتحمل عبء التعلية كان عليه أن يعيد بنائه على نفقته فان كان يحتاج الى زيادة في

سمكه ، وجب أن تكون الزيادة من جانب طالب التعلية وتكون مملوكة له وكذلك التعلية ، أما الجزء المشترك الذى جدد دون التعلية فيبقى مشتركا .

ويضع النص هذا الحكم حتى لا تضيع مصلحة الشريك أمام تعنت شريكه ما دام الشريك طالب التعلية سوف يتحمل جميع النفقات ، وكل ما يلزم لتلافى الضرر .

الا أنه من ناحية أخرى تنص المادة ١٠٦٠ على حق الجار الذى لم يطلب التعلية ابتداء فى أن يكون شريكا فيها بشرط أن يدفع نصيبه فى النفقات وفى قيمة الزيادة فى الأرض بسبب زيادة سمك الجدار ، وبذلك تتحقق مصلحة الشريكين .

الفصل الخامس

المطلات والمناور

يضع القانون قواعد معينة لتنظيم فتح المطلات واستعمال المناور ،وتشكل تلك القواعد قيودا على ملكية صاحبها لصالح الجيران فيما بينهم ،ونعرض للأحكام الخاصة بكل منها :

المطلات:

المطل هو فتحة يحدثها المالك فى جدار ملكه للاطلال منها والنظر الى الخارج وكذا لينفذ منها الضوء والهواء وذلك كالنوافذ والأبواب والشرفات (المشربيات) •

والمطلات نوعان :

المطل المواجه أو المستقيم هو الذى يمكن الاطلال منه على ملك الجار مباشرة دون حاجة الى الالتفات يمينا أو يسارا أو الانحناء الى الخارج •

المطل المنحرف أو الجانبى هو على العكس مما سبق لا تسمح

بالنظر الى ملك الجار الا بالالتفات الى اليمين أو الى اليسار أو بالانحناء الى الخارج .

ويشترط القانون المصرى لفتح المطل ترك مسافة لا تقل عن خمسين سنتيمتر من حرف المطل المنحرف وترك مسافة متر من حرف المطل المواجه الا أن القانون اليمنى لا يفرق بين النوعين ويشترط ترك مسافة متر فى الحالتين .اذ تنص المادة ١٠٦٣ على أنه ليس للجار أن يفتح على ملك جاره نافذة دون أن يترك من ملكه مسافة متر تقاس من ظهر الحائط أو الخارجة منه .

فالنص يتكلم عن النافذة الا أنه يقصد أى فتحة يمكن الاطلال منها سواء كانت نافذة أو باب أو مشربية ، ويلزم الجار بترك مسافة متر بين الحائط الذى به المطل وملك الجار ، ولا يلتزم الجار بترك أية مسافة اذا كان فتح المطل على الطريق العام . أما اذا كان فتح المطل على أملاك خاصة مجاورة تعين مراعاة المسافة أيا كان الغرض المخصصة له هذه الأملاك .

ويلاحظ أن قيد المسافة مقرر بالنسبة لكل جار على حدة ،فكل

منهم يتقيد بهذا القيد وليس له أن يفتح مطلا الا على المسافة نفسها من حد جاره ٠

ويعد تجاهل المسافة القانونية اعتداء على ملك الجار ويكون الجزاء هو التنفيذ العينى وذلك بطلب سد المطل حتى ولو لم يترتب للجار أى ضرر ٠

المناور:

المنور هو فتحة يقصد منها مرور الهواء ونفاذ الضوء ولا تسمح بالاطلال منها على ملك الجار لذا يجب أن تعلو قاعدتها على قامة الانسان والا أمكن الاطلال منها وأصبحت مطلا ٠

وطبقا لنص المادة ١٠٦٣ يمنى لا يشترط ترك مسافة عند انشاء المناور التى تعلو قاعدتها عن قامة الانسان العادى ،فلا تسمح لأحد بالرؤية الجارحة ،وانما تسمح بنفوذ النور ومرور الهواء فقط ، وللجار أن يبنى فى ملكه وان وسد ٠

فالمنور هو الذى تعلو قاعدته عن قامة الانسان العادى ،

وان كان القضاء يرى أنه يجب أن يراعى فى ارتفاع المنور أن لا يقل عن أطول الأفراد قامة كيما يتعذر الاطلال منها ، ولا يصح الأخذ بارتفاع يتناسب مع متوسط القامات اذ الحظر يجب أن يكون شاملا .

لا يستلزم النص ترك مسافة بين المنور وبين حدود ملك الجار ، حيث يستطيع المالك أن يفتح المنور فى الحائط الذى يبنيه على حدود ملكه مع الجار . ولا يحق للجار أن يطلب سد المنور أو الاعتراض عليه وانما يكون له البناء على حدود ملكه مباشرة دون ترك أية مسافة ولو ترتب على هذا البناء سد المنور ، ولا يمكن مساءلته عن ذلك الا اذا كان متعسفا فى استعمال حقه .

الا أنه ينبغى ملاحظة أن السماح بوجود المنور مقيد بالغرض منه وهو مجرد دخول الضوء ومرور الهواء ، اما أن أساء الجار استخدامه كما اذا اعتلى أشياء ليطل منها على ملك الجار ، أو اعتاد على القاء المخلفات منها ، جاز آنذاك للجار أن يطلب سد المنور لتفادى استعمالها غير القانونى .

وان كان القضاء يرى أنه يجب أن يراعى فى ارتفاع المنور أن لا يقل عن أطول الأفراد قامة كيما يتعذر الاطلال منها ، ولا يصح الأخذ بارتفاع يتناسب مع متوسط القامات اذ الحظر يجب أن يكون شاملا .

لا يستلزم النص ترك مسافة بين المنور وبين حدود ملك الجار ، حيث يستطيع المالك أن يفتح المنور فى الحائط الذى يبنيه على حدود ملكه مع الجار . ولا يحق للجار أن يطلب سد المنور أو الاعتراض عليه وانما يكون له البناء على حدود ملكه مباشرة دون ترك أية مسافة ولو ترتب على هذا البناء سد المنور ، ولا يمكن مساءلته عن ذلك الا اذا كان متعسفا فى استعمال حقه .

الا أنه ينبغى ملاحظة أن السماح بوجود المنور مقيد بالغرض منه وهو مجرد دخول الضوء ومرور الهواء ، اما أن أساء الجار استخدامه كما اذا اعتلى أشياء ليطل منها على ملك الجار ، أو اعتاد على القاء المخلفات منها ، جاز آنذاك للجار أن يطلب سد المنور لتفادى استعمالها غير القانونى .

الفصل الأول

تعريف الملكية الشائعة

اذا ملك اثنان أو أكثر شيئا دون تغرز حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء فيه على الشيوع ،وتحسب الحصص متساوية ، اذا لم يقم دليل على غير ذلك» . هذا هو التعريف الذى أورده المشرع المصرى للملكية الشائعة فى المادة ٨٢٥ ، ويعرفها القانون اليمنى فى المادة ١٠٧٠ بقوله " الملكية الشائعة (شركة الاملاك) هى أن يملك اثنان أو أكثر مالا معينا أو دينا بسبب من أسباب الملك .

فالشيوع يعنى تعدد الملاك لشىء واحد دون أن يختص كل منهم بشىء مفرز فيه ، بل يملك كل منهم حصة شائعة فيه ،فالحصة التى يملكها الشريك فى الشيوع شائعة فى كل المال لا تتركز فى جانب منه بالذات ، بل تقع على الشىء الشائع جميعه . وهذا الشىء يكون مملوكا لعدة أشخاص دون أن يتعين نصيب كل منهم ماديا فيه ، الا أن هذا النصيب يتعين من الناحية المعنوية فى الحق نفسه ، فحق الملكية ينقسم بين الشركاء لكل منهم ، حصته

كالنصف أو الثلث أو الربع والأصل أن تكون الحصص متساوية ما لم يقم دليل على غير ذلك ٠

وكما يوجد الشيوع فى الملكية يمكن أن يوجد فى الحقوق العينية الأخرى ، وتنطبق عليها نفس الأحكام الا ما يتعارض مع طبيعة هذه الحقوق ٠

تمييز الشيوع عما عداه :

الشيوع بمعناه السابق يختلف عن صور مشتركة أخرى للملكية يتحدد لكل شريك الشىء المملوك جانب يختص به ٠

فملكية الطبقات ليست ملكية شائعة بل هى ملكية مفرزة لأن محل حق كل شريك طبقة محددة من طبقات المنزل لا يشاركه فيها غيره ،ولكن الأرض واجزاء البناء من المنزل المعدة للاستعمال المشترك بين جميع الملاك تعد مملوكة على الشيوع ٠

ولا يقوم الشيوع أيضا فى حالة القرار لأن ملكية الأرض تظل لصاحبها منفصلة عن ملكية المبانى التى تكون لصاحب حق القرار ٠

ونظرا لأن الشيوع لا يكون الا في الحق الواحد فانه لا يقوم بين مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع أو الاستعمال وذلك في حالة نزول المالك للغير عن حقه في الاستغلال كله أو بعضه ، فحق الملكية هنا ليس مشتركا بين المالك وبينهما . الا أنه من المتصور قيام الشيوع في حق الرقبة أو في حق الانتفاع .

وتختلف الملكية الشائعة عن الملكية الجماعية فهي ملكية وسط بين الملكية المفرزة والملكية المشتركة (الجماعية) . فالحصة التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل المال لا تتركز في جانب منه بالذات ،وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة . والشيء المملوك على الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين ، بل يملك كل شريك حصته فيه ،وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة (الجماعية) .

فالملكية الجماعية هي ملكية مشتركة لا ملكية فردية ، فهي ملكية واحدة لكل الشركاء مجتمعين ولا يملك أي واحد منهم بمفرد ، الا الشيء المملوك ولا أية حصة فيه مفرزة أو شائعة ، اذ أن كل

شريك فى الملكية المشتركة متى قدم نصيبه فقد حقه العينى عليه لينتقل الى الجماعة دون أن تكون لها شخصية معنوية أما الملكية الشائعة فهى ملكية فردية لا جماعية لأن كل شريك على الشيوع يملك مفردا حصته فى المال الشائع وينصب حقه على هذه الحصة مباشرة .

مصدر الشيوع:

ان مصدر الشيوع هو مصدر الملكية بصفة عامة ، أى أن مصادر الشيوع تكمن فى أسباب كسب الملكية ،وعلى ذلك فقد تكتسب الملكية الشائعة بالتصرف القانونى أو بالواقعة المادية .

فقد يكون مصدر الشيوع العقد كان يشترى شخصان عقارا على وجه الشيوع وقد يكون الوصية كما اذا أوصى شخص لاثنين بمال على الشيوع . وقد يكون اى سبب آخر من أسباب كسب الملكية كالواقعة المادية ،وأكثرها انتشارا الميراث حيث تنتقل الكثير من ملكية المبانى أو الأراضى الزراعية الى الورثة حيث يستبقون ملكيتها شائعة فيما بينهم .

وتتحدد حصة كل مشتاع عادة فى السبب المنشئ للشيوع ،

فاذا اشترى أكثر من شخص عقارا على الشيوع فان العقد يحدد غالبا حصة كل شريك وتحدد حصة كل وارث فى أموال التركة بنسبة نصيبه فى الميراث ، وفى جميع الحالات اذا لم تعين حصة كل مشتاع فان حصصهم تكون متساوية هذا ما لم يقم الدليل على العكس.

وتشير المادة ١٠٧١ يمنى الى تعدد أسباب الشيوع مع تعدد أسباب الملكية وذلك بمناسبة تقسيم الملكية الشائعة " الملكية الشائعة (شركة الأملاك) نوعان : ١ ـ اختيارية . ٢ ـ قهرية . فالشركة الاختيارية هى أن يملك الشركاء مالا بتصرف اختيارى ، شراء أو هبة أو وصية أو بخلط أموالهم باختيارهم . والشركة القهرية هى أن يملك الشركاء مالا بالارث او باختلاط أموالهم بغير اختيار منهم اختلاطا لا يمكن معه تمييز مال كل منهم ان كان المال متحد الجنس أو يمكن تمييز مال كل منهم بمشقة وكلفة ان كان مختلف الجنس" .

الفصل الثانـي

الانتفـاع بالمـال الشائـــع

للمالك على الشيوع حق استعمال واستغلال الشيء في حدود نصيبه ، وبشرط عدم الاضرار بحقوق الشركاء الآخرين ، وهذا الحق مقرر لكل الشركاء ، فلكل شريك الحق في الاستيلاء على ثمار حصتـــه وان يستعملها ، الا أن سلطته في هذا الاستعمال يجب أن تتقيد بحقوق سائر الشركاء .

والأصل أن يتم الاتفاق بين الشركاء على تنظيم الانتفاع بالمال الشائع، وهذا الاتفاق يعد ولا شك خير وسيلة للتوفيق بين حقوق الشركاء في الاستعمال والاستغلال كل بنسبة حصته ، بل يعـــد الاتفاق ضروريا اذا كان هذا الاستعمال أو الاستغلال يقتضـــى الاستئثار بالشيء أو بجزء منه .

ولا تثور صعوبة اذا كان في امكان كل شريك أن يستعمل الشيء بطريقة منفردة دون أن يحدث تعارض فيما بينهم أو دون أن يضـر ذلك بحقوق الآخرين . الا أن هذا فرض نادر وغالبا ما يقتضي الأمر

تنظيم الانتفاع بين الشركاء .

لذا نظم القانون الانتفاع بالمال الشائع فى صورة ما يسمى بقسمة المنافع أو قسمة المهايأة أو القسمة المؤقتة حيث ترمى الى تمكين كل شريك من الانتفاع بالمال الشائع بنسبة حصته فيه .

وتنص المادة ١١١٠ يمنى على أن قسمة المنافع نوعان :

الأول : أن يختص كل شريك بمنفعة جزء من المال المشترك يوازى حصته فيه متنازلا لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء .

الثانى : ان يتناوب الشركاء الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته فيه مهايأة بينهم .

واذا اتفق الشركاء على قسمة المنافع بينهم لمدة معينة لزمتهم القسمة المدة المتفق عليها ، واذا لم يتفقوا على مدة معينة لزمتهم القسمة لمدة سنة تتجدد بنفس الشروط لسنة أخرى وهكذا ، ما لم يطلب أحد الشركاء انهائها قبل انقضاء السنة الأخيرة بشهرين على

الأقل (م ١١١١) .

مؤدى ذلك أن قسمة المنافع نوعان : مكانية حيث يختص كل شريك بمنفعة جزء مفرز من المال يوازى حصته، وزمانية حيث يتناوب الشركاء الانتفاع بجميع المال الشائع كل منهم لمدة تتناسب مع حصته .

والأصل ان تتم قسمة المهايأة بالاتفاق بين الأطراف وفـــــى حالة تعذر الاتفاق يمكن الالتجاء الى القضاء لاجرائها ، حيث تنص المادة ١١١٢ يمنى على أنه ، "اذا لم تطلب القسمة النهائية، ورغـــب أحد الشركاء فى قسمة المال المشترك قسمة انتفاع مؤقتة وتعذر رضـــاء باقى الشركاء كان له أن يلجأ الى القضاء لاجرائها باحدى الطريقتين المنصوص عليهما فى المادة ١١١٠ (مهايأة مكانية أوزمانية) .

ونظرا لأن قسمة المهايأة تعد عملا من أعمال الادارة فانهـــا تخضع من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهليـــة المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الاثبات لأحكام عقد الايجار ، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة .

وقد حرص المشرع اليمنى على الحفاظ على حقوق الشريك الغائب

بنصه فى المادة ١١١٣ على أنه ليس للشريك الحاضر الانتفاع بنصيب شريكه الغائب الا باذنه واذا انتفع بدون اذن شريكه لزمه أجر مثل المنفعة الا لعادة جرت بغير ذلك واذا اذن له ولم يعتبر الاجرة فلا أجرة له •

واذا كان الانتفاع بالمال المشترك مما يختلف باختلاف المنتفع أو ينقص من المال المشترك ، أو يضر به ، ضمن ما حصل من نقص أو ضرر بسبب الانتفاع •

تبين المادة حكم أحد الشريكين بالمال المشترك فى غياب شريكه وبينت أنه لا ينتفع الشريك الحاضر بحصة شريكه الغائب الا باذنه ، وينفذ ما اتفقوا عليه ، فاذا انتفع الشريك بحصة شريكه بدون اذنه لزمته اجرة مثل المنفعة الا لعادة جرت بين الشركاء فتقوم مقام الاتفاق لأن العادة محكمة •

واذا كان الانتفاع بالمال المشترك مما يختلف باختلاف المنتفع أو كان ينقص من المال المشترك أو يضر به ، ضمن المنتفع لشريكه ما حصل من نقص أو ضرر بسبب انتفاعه •

الفصل الثالث

ادارة المـــال الشـــائع

الأصل أن يتفق الشركاء فيما بينهم على ادارة المال الشائع وحسن استغلاله وتلك هى الصورة المثلى للوصول الى أفضل النتائج وتجنب المنازعات فيما بينهم ، الا أن تلك الصورة لا تتحقق دائما ، فكثيرا ما يدب الخلاف بين الملاك على الشيوع حول طريق ادارة المال مما يؤدى الى تعطل استغلاله ٠

لذا كان من الضرورى أن يواجه المشرع هذا الغرض ويجعل قرار الأغلبية كافيا على الأقل بالنسبة لأعمال الادارة المعتادة ، واستلزم الاجماع فيما يتعلق بأعمال الادارة غير المعتادة ، كما نظم نوعا من الرقابة القضائية على أعمال الادارة فى حالة شكوى أى من الشركاء ٠

تولى الأغلبية أعمال الادارة المعتادة :

تنص المادة ١٠٧٥ يمنى على أن أعمال الادارة هى ما تعلق بصيانة المال وحفظه واستغلاله ، يؤخذ فيها برأى أغلبية الشركاء

اذا كانت من الأعمال المعتادة . وتحسب الأغلبية على أساس الانصباء لاعلى أساس عدد الشركاء .

وتضيف المادة ١٠٧٦ بأنه لأغلبية الشركاء اختيار مدير للمال المشترك من بين الشركاء أو من غيرهم ، ولها أن تضع شروطا لحسن الانتفاع بالمال واستغلاله . ويسرى النظام الذى تضعه الأغلبية على الشركاء وخلفهم .

تبين هذه النصوص سلطة الأغلبية المطلقة فى ادارة المال الشائع ، وان كانت المادة ١٠٧٤ قد سبقت ووضعت القاعدة العامة التى تطبق فى هذا المجال الا وهى أن ادارة المال المشترك حق للشركاء كلهم مجتمعين ، لا ينفرد أحد منهم بها ، هذا ما لم يوجد اتفاق بين الشركاء على أن ينفرد أحدهم أو بعضهم أو الغير فى ادارة المال المشترك فيطبق ما اتفقوا عليه لأن المؤمنين عند شروطهم .

وفى حالة تعذر وجود مثل هذا الاتفاق بين الشركاء فانه يكفى قرار الأغلبية للقيام بأعمال الادارة المعتادة وتتمثل فى صيانة وحفظ

واستغلال المال المشترك وذلك كتأجيره وزراعة الأرض وجنى المحصول الى غير ذلك .

ونظرا لأن أعمال الادارة هى فى صالح المال المشترك وبالتالى فى صالح الشركاء لأنها تتعلق بصيانة المال وحفظه واستغلاله فانه يكفى فيها رأى الأغلبية على أساس الانصباء لا على أساس عدد الشركاء ، ويمكن أن تكون الأغلبية شخصا واحدا اذا كانت حصته تزيد على نصف المال الشائع .

وللأغلبية أن تدير المال بنفسها أو أن تختار مديرا لادارته من بين الشركاء أو من غيرهم ، ويكون هذا المدير نائبا عن الأغلبية فى الادارة وينفذ ما يتخذه من أعمال فى مواجهة جميع الشركاء .

وللأغلبية كذلك أن تضع نظاما لادارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع يسرى على جميع الشركاء وخلفهم جميعا سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصا .

عدم توافر أغلبية من الشركاء لادارة المال الشائع:

تنص المادة ١٠٧٧ يمنى على أنه اذا اختلف على ادارة المال المشترك ولم تتحقق الأغلبية فى أحوال الادارة المعتادة ، كان لكل واحد من الشركاء أن يلجأ الى القضاء ليأمر بما يراه صالحا أو بتعيين مدير للمال المشترك اذا دعت الحاجة الى ذلك .

أى أنه اذا تشعبت الاراء ولا أغلبية فان لكل واحد من الشركاء أن يلجأ الى القضاء بطلب يعلن لسائر الشركاء ويقوم كل من الشركاء الحاضرين أو من ينوب عنهم بتوضيح وجهة نظره مؤيدة بما يقدمه من أدلة ومستندات ثم يقول القضاء كلمته بقرار ينص فيه على ما يراه مناسبا ، وللقاضى أن يأمر عند اللزوم بتعيين عدل مديرا للمال المشترك للمصلحة يوافق عليه الشركاء أو يختاره القاضى للمصلحة أيضا .

وتضيف المادة ١٠٧٨ بأنه على الشريك الذى يرغب فى اللجوء الى القضاء أن يعلن قراره الى شركائه واذا كانت لدى الشركاء قرارات أخرى أعلنوا بها ونعرض القرارات المختلفة على القضاء ليأمر

بما يراه مناسبا من بينها مع اعطاء كفالات للمخالفين تضمن حقوقهم ويؤخذ فى الاعتبار ما اتفقت عليه أغلبية الشركاء أو أكثريتهم وما عرض من كفالات .

انفراد أحد الشركاء ببعض الأعمال :

رأينا أن القاعدة العامة فى ادارة المال الشائع استغلاله تتطلب اتفاق الشركاء أو على الأقل موافقة أغلبيتهم ، ومن ثم لا يجوز لأى شريك أن يقوم باستغلال الشىء أو ادارته منفردا ، وحتى بالاستقلال بجزء منه يعادل حصته لأن نصيبه غير محدد ماديا فى الشىء ومن ثم يعد تصرفه اعتداء على حقوق باقى الشركاء يحق لهم الاعتراض عليه .

حقا ان الشريك يعتبر مالكا ومن ثم يحق له الانتفاع والتصرف فى حصته ، الا أنه مقيد بحالة الشيوع ومن ثم فان له القيام بالأعمال التى ليس من شأنها أن تلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء . فله مثلا اتيان الأعمال التى يستطيع جميع الشركاء القيام بها فى نفس الوقت كالمرور بالأرض أو الاستمتاع بالحديقة الى غير ذلك .

الا أن المشرع أجاز للشريك القيام ببعض الأعمال على سبيل الانفراد فى حالات معينة هى :

أولا — حق الشريك فى تأجير حصته شائعة :

طبقا للمادة ٦٥٨ يمنى يصح تأجير المشاع الى الشريك مطلقا والى الغير فيما يمكن قسمته والانتفاع به ولو بالمهايأة والشريك أولى به باجرة المثل واذا كان المستأجر يجهل الشيوع عند العقد فله الخيار .

يبين النص أن تأجير الشريك للحصة الشائعة صحيح مطلقا ، فهو لا يؤدى الى النزاع وبالنسبة للغير فهو صحيح فيما يمكن قسمته والانتفاع به ولو مهايأة اذ يستطيع كل من الشريك الآخر والمستأجر أن يستوفى المنفعة المخصصة له ،وتفضيل الشريك على غيره مقصود به دفع الضرر عن الشريك .

ولما كان الشيوع فى ذاته قد يؤدى الى الاضرار بالمستأجر ، لزم أن يكون المستأجر عالما به حال العقد فان جهله كان له الخيار بين امضاء العقد أو فسخه وطبيعى ان يكون ذلك بمجرد

علمه بالشيوع وفى مدة معقولة وقبل تنفيذه للعقد والا اعتبر ذلك مقبولا منه للشيوع فيسقط حقه فى الفسخ ٠

ثانيا ـ الوكالة الضمنية عن باقى الشركاء :

يمكن أن يتولى أحد الشركاء ادارة المال الشائع من تلقاء نفسه دون أن يعترض باقى الشركاء ، هنا يعد وكيلا عن الشركاء وتسرى تصرفاته فى حقهم ٠ ويحدث ذلك غالبا فى حالة الميراث حيث يتولى الأخ الأكبر غالبا ادارة التركة لصالح الورثة دون اعتراض منهم. تستند الادارة فى هذا الغرض الى الوكالة الضمنية عن باقى الشركاء وتنفذ أعمال الادارة المعتادة فى مواجهتهم ٠

فاذا اعترض الشركاء على ادارة الشريك كان هذا الاعتراض عزلا له عن وكالته الضمنية بشرط أن يصدر الاعتراض عن غالبية الشركاء أى من يملك أكثر من نصف المال الشائع٠

ثالثا ـ القيام بما يلزم لصيانة واعمار وحفظ المال الشائع:

تنص المادة ١٠٧٩ على أنه لكل شريك الحق فى أن يقوم بالأعمال اللازمة لصيانة المال المشترك واعماره وحفظه ،وليس له الرجوع على

باقى الشركاء الا اذا حصل على موافقتهم أو حصل على اذن من القضاء مقدما باجراء الأعمال اللازمة أو كان العمل ضروريا لا يحتمل التأخير أو ما جرى به العرف ٠

يقرر النص أحقية كل شريك منفردا فى القيام بأعمال الصيانة اللازمة للمال المشترك ٠ ويقوم بتلك الأعمال على نفقته الخاصة اذا لم يرجع الى باقى الشركاء لاستشارتهم فيما يجب عمله وليس له الرجوع عليهم بشىء مما انفقه ٠

الا أن هناك حالات معينة يكون للشريك الذى قام بأعمال الصيانة الرجوع فيها على الشركاء كل بنصيبه فى النفقة وهى :

١ ــ حالة ما اذا حصل على موافقة الشركاء كلهم أو بعضهم فيكون له الرجوع على من وافق بحصته ٠

٢ ــ حالة ما اذا لجأ الى القضاء فاذن له بالقيام بالاصلاحات ٠

٣ ــ حالة ما اذا كان العمل ضروريا لا يحتمل التأخير كأن

يكون فى تأخيره ضرر كبير يحل بالمال المشترك أو ما جرى به عرف .
والمقصود العرف المحلى للجهة ويثبت بالبينة ، ويلزم القاضى
التدقيق فى هذه الحالة حتى لا يصبح الحصول على موافقة الشركاء
مجرد لغو لا قيمة له ، واذا تيقن القاضى من العرف قضى على
أساسه فهو قانون شرعى .

أعمال الادارة غير المعتادة :

تنص المادة ١٠٧٥ على أنه فى الاعمال غير المعتادة كاجراء
تعديلات أو تغييرات أساسية فى المال المشترك أو فى الغرض الذى
اعد له ، تلزم موافقة الشركاء جميعا .

ومن أمثلة تلك الأعمال الزيادة فى البناء أو تغيير الغرض
الذى اعد له كتشغيله مصنعا أو متجرا بدلا من كونه مسكنا ،
تحويل الأرض الزراعية الى أرض للبناء أو للاستغلال الصناعى ،
اعادة بناء منزل ، تحويل منزل للسكن الى فندق ، وغير ذلك من
صور التغيير الأساسى فى الشىء أو استغلاله .

ونظرا لخطورة أعمال الادارة غير المعتادة لا تكفى أغلبية

الشركاء للقيام بها ، بل يلزم اتفاق جميع الملاك على القيام بها .
واذا رأى أحد الشركاء أو بعضهم القيام بعمل من هذه الأعمال
واعترض الآخرون امكن الالتجاء الى القضاء ليأمر بما يراه صالحا ،
وللقاضى عند اللزوم أن يأمر بتعيين عدل مديرا للمال المشترك اذا
اقتضت المصلحة ذلك وتتحدد سلطات هذا المدير بقرار المحكمة .

وقد واجه المشرع صورة هامة لاعمال الادارة غير المعتادة
وهى حالة اعادة البناء بعد تهدمه ، فنصت المادة ١٠٨٤ على أنه :

" اذا تهدم البناء وكانت أرضه تقبل القسمة بين الشركاء
فلا يجبر أحد منهم على اعادة البناء فى الأرض وانما تقسم بينهم ،
واذا كانت الأرض لا تقبل القسمة بين الشركاء يلزمهم جميعا اعادة
البناء فيها ، فاذا تمرد أحدهم ، أو كان غائبا أمر القاضى بناء على
طلب الراغبين فى البناء باعادته على نفقتهم ، ويحرم الشريك المتمرد
أو الغائب من الانتفاع بالبناء الا اذا أدى حصته من المصاريف
والنفقات نقدا أو من حصته فى استغلال البناء ولشريكه الانتفاع
بحصته حتى يستوفى ما غرم. واذا أعاد الشريك البناء بدون رضاء

شريكه أو بدون اذن القضاء ولا ضرورة ، فلا رجوع له بشيء على شريكه ولا يحرم الشريك من الانتفاع بحصته .

يبين النص حكم البناء اذا تهدم :

ـ فاذا كانت الأرض المقام عليها البناء مما يقبل القسمة بلا ضرر ، فلا يلزم الشركاء اعادة البناء عليها معا الا باتفاقهم جميعا ، اذ يكون لرافض البناء حق طلب قسمة الأرض .

ـ وان كانت الأرض مما لا يقبل القسمة بلا ضرر فان الضروريات تبيح المحظورات ومن ثم يلزم الشركاء جميعا اعادة البناء للانتفاع بالأرض والبناء معا ، فان تمرد أو كان غائبا يلجأ الآخرون أو أحدهم للقضاء ليأمر باعادة البناء على نفقة الشركاء جميعا بعد التحقق من أن الأرض لا تقبل القسمة بلا ضرر ، ويحرم المتمرد أو الغائب من الانتفاع بالبناء حتى يؤدى حصته من المصاريف والنفقات نقدا ، أو من حصته فى استغلال البناء ، كما يكون لشريكه ان ينتفع بالحصة المذكورة حتى يستوفى ما غرم .

- واذا اعاد أحد الشركاء البناء على نفقته بدون رضاء شريكه أو اذن القضاء ، فلا رجوع له بشيء ، ولا يحرم شريكه من الانتفاع بحصته .

الاشتراك في نفقات الحفظ والادارة :

تنص المادة ١٠٨٠ على أن نفقات ادارة المال المشترك ، والضرائب والرسوم المفروضة عليه ، وكل التكاليف المقررة على المال المشترك ، وما يترتب على الشيوع من نفقات يتحملها الشركاء جميعا كل بقدر نصيبه في المال ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ولكل من الشركاء في المال المشترك ولمديره طبقا للأحكام المنصوص عليها في المادتين ١٠٧٦ ، ١٠٧٧ ، أداؤها والرجوع بها على الشركاء كل بقدر حصته .

يتضمن النص حكما منطقيا مقتضاه ان كل شريك يتحمل ما يعادل حصته من نفقات ادارة المال وحفظه وسائر الأعباء المفروضة عليه وكذا ما يترتب على الشيوع من نفقات كمصاريف اخطار الشريك الغائب ، والمصاريف القضائية عند الخلاف في شأن من شئون الادارة

وذلك سواء أتم انفاقها باتفاق الشركاء أو بناء على قرار الأغلبيـــة أو من المدير الذى اختارته الأغلبية أو عينته المحكمة .

ويذهب الفقه اعمالا لحكم القواعد العامة ـ الى أنه يجـــوز لدى شريك أن يتخلص من النفقات المفروضة عليه وذلك بالتخلـــى عن حصته فى المال الشائع ،وتصبح هذه الحصة ملكا لباقى الشركـاء بنسبة حصة كل منهم فى المال الشائع ، ويتحمل هؤلاء نفقـــات الحفظ والادارة كل بقدر حصته .

الفصل الرابع

التصرف فى المال الشائع

يستطيع الشركاء مجتمعون التصرف فى المال الشائع ،ويجيز القانون — على سبيل الاستثناء — لمن يملكون ثلاثة أرباع المال أن يتصرفوا فيه . ومن المتصور أيضا أن يقوم أحد الشركاء بالتصرف فى حصته شائعة أو مفرزة أو فى المال الشائع كله فما حكم التصرف فى كل هذه الحالات؟

المبحث الأول

تصرف الشركاء فى المال الشائع

التصرف الصادر عن جميع الشركاء :

يستطيع الشركاء مجتمعون التصرف فى المال الشائع كله أو فى جزء منه مفرزا أو على الشيوع . ويكون التصرف صحيحا ونافذا فى حق الجميع . فاذا كان النصرف ناقلا للملكية فى المال كله ، كالبيع مثلا ،ترتب عليه خروج المال الشائع من ذمة الشركاء ،وتنتهى بذلك

حالة الشيوع بينهم . اذ أننا بصدد تصرف صادر من ملاك المال الذين لهم عليه سلطة التصرف التي لكل مالك على ما يملكه .

واذا كان التصرف في جزء من المال الشائع مفرزا ، خرج الجزء الذى تم فيه التصرف من الشيوع ، واقتصر الشيوع بين الشركاء على الجزء الباقى . اما اذا ورد التصرف على حصة شائعة فى المال الشائع ، فان ذلك يؤدى الى زيادة عدد الشركاء على الشيوع ، ويترتب على ذلك تعديل حصص الشركاء .

وقد يكون التصرف الصادر من جميع الشركاء غير ناقل للملكية بل يتمثل فى ترتيب حق عينى أصلى على المال الشائع كانشاء حق انتفاع أو حق ارتفاق لمصلحة عقار مجاور ، أو ترتيب حق عينى تبعى كالرهن .

لا شك أن مثل هذا التصرف صحيح ونافذ فى مواجهة المجتمع طالما بقى الشيوع قائما ، الا أن الصعوبة تثور فى حالة القسمة حيث يثور التساؤل حول مصير حق الانتفاع أو الارتفاق أو الرهن اذا وقع الجزء المحمل بأى من هذه الحقوق فى نصيب أحد

الشركاء أو اذا آل كل المال الشائع الى أحد الشركاء فى مقابل مبالغ نقدية يدفعها الى بقية الشركاء مقابل حصصهم فيه .

يرى البعض أن الاثر الرجعى أو الكاشف للقسمة يؤدى الى اعتبار الشريك المتقاسم مالكا للحصة المعينة التى آلت اليه بالقسمة منذ نشوء الملك على الشيوع أى أن الحصة أو المال يعتبر مملوكا للشريك منذ بدء الشيوع وبمقتضى السبب القانونى المنشىء له . ومن ثم يكون الحق العينى (الرهن أو الارتفاق أو الانتفاع) الذى رتبه الشركاء على الشيوع واقعا على ملك الغير فيما زاد على حصة الشريك المتقاسم ، ولا يسرى الرهن مثلا على الشريك الذى وقع العقار المرهون فى نصيبه .

ويذهب الرأى الغالب الى نقيض ذلك حيث يرى أن التصرف الصادر من جميع الشركاء فى كل المال أو فى جزء منه يكون صحيحا ويظل نافذا فى مواجهة كل الشركاء وخلفائهم أيا كانت نتيجة القسمة ، ولا تطبق قاعدة الأثر الرجعى للقسمة فى حالة ما اذا كان التصرف صادرا من جميع الشركاء ، بل المقصود منها حماية الشريك

من الحقوق والاعباء التي قد يرتبها شريك آخر ــ بدون حـــق ــ على الجزء المفرز الواقع بمقتضى القسمة في نصيبه هذا بالاضافة الـــى أن التصرف صادر من جميع الشركاء بما فيهم من آل محل التصرف .

وهذا ما أخذ به المشرع المصرى صراحة بالنسبة للرهن حيث تنص المادة ١٠٣٩ على أنه " يبقى نافذا الرهن الصادر من جميـــع الملاك لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقـــار فيما بعد أو على بيعه لعدم امكان قسمته " .

التصرف الصادر من أغلبية الشركاء :

تنص المادة ١٠٨٢ يمنى على أنه اذا رغب أغلب الشركاء نصيبا أو أكثرهم عددا في التصرف في المال الشائع وأعلنوا باقي الشركاء بقرارهم مع الأسباب الداعية اليه ، فاعترض عليه أو كان بعض الشركاء غائبا ولم يمكن اعلانه ، وكان المال مما لا يقبل القسمة بدون ضـــرر ، يلجأ الراغبون الى القضاء ليأمر بالتصرف في المال مع تحقيق المصلحة ويقوم قرار القاضي بالتصرف طبقا للشروط التي تحددها المحكمـــة مقام موافقة الشركاء جميعا " .

مؤدى ذلك النص أن المشرع اليمنى يتطلب الاجماع لامكان التصرف فى المال الشائع ، وليس للاغلبية أيا كانت أنصبتها هذا الحق . ويخولهم النص اعلان رغبتهم فى التصرف للأقلية مع بيان الأسباب المبررة لذلك ، فان وقع اعتراض على هذا التصرف أو لم يمكن اعلان الغائب منهم أمكن رفع الأمر الى القضاء .

فان كان المال مما يقبل القسمة بلا ضرر فلا يتم التصرف لأنه أولى بطالبى التصرف أن يطلبوا القسمة ، لذا يجرى القاضى القسمة بين الشركاء .

أما اذا كان فى القسمة ضرر لجأ طالبوا التصرف الى القضاء ليأمر القاضى بالتصرف بالشروط التى يحددها ، ويقوم قراره مقام موافقة باقى الشركاء ، وتكون الأغلبية بحسب النصيب لا بحسب عدد الشركاء كما قد توحى صياغة النص .

وينبغى ـ كى يأمر القاضى بالتصرف ـ أن توجد أسباب قوية كوجود صفقة رابحة يخشى فواتها ، أو كان يصبح من المتعذر ادارة واستغلال المال بحالته بطريقة مربحة ، ويجب أن يحدد القاضى

شروط التصرف على نحو يحقق الحماية للشركاء المعترضين .

ويعتبر القانون اليمنى أن رأى الواحد من الشريكين فى مال يمتلكانه مناصفة كرأى الأغلبية فى هذه الحالة ، حيث تنص المادة ١٠٨٢ على أنه اذا كانت الشركة فى المال بين اثنين ورغب احدهما فى التصرف فيه اعتبر ذلك فى حكم رغبة الأغلبية ويتبع فى شأنه الأحكام المنصوص عليها فى المادة ١٠٨٢ .

مؤدى ذلك أنه اذا كان المال الشائع مملوكا لاثنين من الشركاء مناصفة ورغب احدهما فى التصرف واعترض الآخر ، اعتبرت رغبة الأول فى حكم رغبة الأغلبية وأمكن الالتجاء الى القضاء كما سبق سواء بالنسبة لأعمال الادارة غير المعتادة أو بالنسبة للتصرف .

المبحث الثانى

تصرف الشريك فى المال الشائع

قد يتصرف الشريك منفردا فى حصته على الشيوع وقد يرد تصرفه على جزء مفرز يعادل تلك الحصة ،كما قد يتصرف الشريك فى المال الشائع كله ونعرض للأحكام الخاصة بكل نوع من هذه التصرفات على حدة :

تصرف الشريك فى حصته الشائعة:

يملك كل مالك على الشيوع حصته الشائعة ملكية تامة ، وله أن يتصرف فيها كلها أو بعضها ،تبرعا أو معاوضة ، ويمكن أن يكون التصرف الى أحد الشركاء أو الى اجنبى عنهم ، وسواء أكان التصرف ناقلا للملكية كالبيع أم مرتبا لحق عينى عليها كانتفاع أو ارتفاق أو رهن .

الا أن تلك القاعدة مقيدة بقيدين: الأول : يجب ألا يكون التصرف ضارا بباقى الشركاء . الثانى : حق الشريك الآخر فى أخذ

حصة الشريك المتصرف بالشفعة طبقا لما سنرى بعد ذلك ·

وتنص المادة ١٠٧٢ يمنى على ذلك بقولها : لكل واحد من الشركاء فى الملك أن يتصرف فى حصته كيف يشاء ، لشريكه مطلقا ، ولغير شريكه بدون اذن الشريك الآخر اذا النصرف لا يضر بنصيبه ، وباذنه ان كان التصرف يضر بنصيبه واذا تصرف الشريك فى حصته بدون اذن شريكه مع تحقق الضرر ، كان لشريكه أن يبطل التصرف ولا يخل ما تقدم بحق الشريك فى أخذ حصة شريكه المتصرف فيها بالشفعة طبقا لشروطها المنصوص عليها فى بابها ·

يوازن النص بين مصالح الشركاء على الشيوع ، فهو يعطى الشريك مطلق الحق فى التصرف بحصته بدون اذن شريكه ، الا أنه من ناحية أخرى اذا انطوى التصرف على اضرار بالشريك الآخر وجب الحصول على اذنه واذا أجرى التصرف بدون هذا الاذن فان للشريك الحق فى طلب ابطاله أو الحلول محل المتصرف اليه الأجنبى بالشفعة ·

وانطلاقا من تحقيق التوازن أيضا فان المادة ١٠٧٣ تبين

أنه ليس للشريك أن يجبر شريكه على التصرف له أو للغير فى حصتــه من المال المشترك ، الا أنه لما كانت الأحكام الشرعية مبنية عــلى المصلحة وخير الناس ، فانه اذا كانت حصة الشريك مما لا ينتفع به على حده ، اذا ما قسم المال المشترك فان للشريك أن يجبر شريكــه عن طريق المحكمة على بيع حصته التى لا ينتفع بها له ، كما أن لمالك الحصة التى لا ينتفع بها أن يجبر شريكه عن طريق المحكمة عــــلى شرائها ويتم البيع أو الشراء بثمن المثل لما فى ذلك من مصلحـــــة ظاهرة للشريكين ، ودفعا للضرر عمن لا ينتفع بحصته .

ونذكر بالقاعدة الأساسية فى هذا الصدد وهى حق كـــل شريك على الشيوع فى نقل كل حصته أو بعضها للغير بالبيع أو الهبة أو المقايضة أو الوصية ، ويكون تصرفه صحيحا لأنه يتصرف فى حقــه . ويجوز له أيضا أن يرتب عليها حقا عينيا كحق الانتفاع وهنا يحــل المنتفع محل الشريك فى الحصول على ثمار هذه الحصة . ولكن لا يمكن تقرير حق ارتفاق على حصة شائعة لأن الارتفاق يقتضى اعمالا مادية على عقار مفرز ، ولا يمكن تقرير حق القرار الذى يقتضى البناء أو الغراس على أرض مفرزة .

ويجوز للشريك على الشيوع أن يرهن حصته الشائعة رهن حيازة وان كان ذلك يتطلب موافقة باقى الشركاء لتحقيق الحيازة كشرط لنفاذ الرهن فى مواجهة الغير • ويمكن أن تتحقق الحيازة اما باتفاق الراهن والمرتهن وباقى الشركاء على تسليم المال الى أحد الشركاء نيابة عن المرتهن أو بصفته عدلا ، واما أن يتفق الجميع على تسليم المال الشائع الى الدائن المرتهن ، حيث يعتبر وكيلا عن باقى الشركاء بالنسبة لحصصهم و دائنا مرتهنا بالنسبة للحصة المرهونة •

واذا تمت قسمة المال قبل زوال الحق (رهن أو انتفاع أو غيره) الذى رتبه الشريك على حصته الشائعة ، فانه اعمالا لمبدأ الحلول العينى ،ينتقل ذلك الحق الى حصة الشريك المفرزة بعد القسمة ، أى ينتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة •

تصرف الشريك فى جزء مفرز :

قد يقوم الشريك بتحديد جزءا معينا من المال الشائع

يعادل حصته فيه أو يقل عنها ، وذلك من تلقاء نفسه ودون الرجوع الى باقى الشركاء ، ثم يقوم بالتصرف فى هذا الجزء الى الغير ، فما حكم التصرف فى هذه الحالة ؟

يختلف حكم التصرف قبل اجراء القسمة عنه بعد اجرائها .

أ ـ حكم التصرف فى حصة مفرزة قبل القسمة :

يختلف حكم التصرف فى حصة مفرزة قبل القسمة فيما بين أطرافه عنه بالنسبة لباقى الشركاء .

ـ حكم التصرف فيما بين الأطراف :

يجب أن نفرق بين فرضين :

الأول : قد يتصرف الشريك فى جزء مفرز الى شخص يجهل أن المتصرف يملك نصيبه على الشيوع ، ولا يملك العين محل التصرف مفرزة ، هنا يكون للمشترى قبل القسمة أن يطلب ابطال البيع على أساس الغلط حيث أنه قصد شراء حصة مفرزة لا حصة شائعة . اما أن كان يعلم بأنه البائع يملك حصته شائعة فلا يجوز له طلب الابطال وانما يحل محل البائع كشريك على الشيوع مع باقى الشركاء .

الثانى : قد يتصرف الشريك فى جزء مفرز الى شخص يعلم أن البائع مالك لهذا الجزء على الشيوع ، ويتم الاتفاق بينهما معلقا على شرط واقف هو اجراء القسمة ووقوع ذلك الجزء فى نصيب المتصرف فاذا تحقق الشرط وآل الجزء المبيع الى البائع نتيجة القسمة انتج التصرف آثاره بأثر رجعى ، وان لم يتحقق الشرط اعتبر التصرف كأن لم يكن .

ـ حكم التصرف بالنسبة لباقى الشركاء :

القاعدة أنه ليس للشريك أن يتصرف فى جزء مفرز من المال الشائع ولو كان هذا الجزء يعادل أو حتى يقل عن حصته لأن حقه ينتشر فى كل جزئيات المال مع حقوق باقى الشركاء ، ويعد تصرفه هذا اجراء للقسمة من جانبه وحده ، وهذا أمر غير جائز .

لذا فان هذا التصرف يكون غير نافذ فى مواجهة باقى الشركاء ، ولا يجوز للمتصرف اليه أن يحتج بحقه فى مواجهتهم ، ويجوز للشركاء رفع دعوى استحقاق على المتصرف اليه لا للحصول على الحصة المبيعة بل للاعتراف لهم بحقهم على الشيوع فى هذه الحصة .

هذا ويمكن للشركاء أن يجيزوا تصرف الشريك البائع ،هنا تأخذ الاجازة حكم القسمة .

ب ـ حكم التصرف في حصة مفرزة بعد القسمة :

اذا تمت القسمة ووقع الجزء المفرز موضوع التصرف في نصيب الشريك المتصرف صح التصرف وأصبح نافذا .

أما اذا لم يقع هذا الجزء المفرز في نصيب المتصرف ووقع نصيبه في جزء آخر فان المشرع المصرى يقضى بأن ينتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة (م ٨٢٦) ، أى أن النص ـ حرصا على استقرار المعاملات وتفاديا للحكم ببطلان التصرف ـ يأخذ بمبدأ الحلول العينى ، أى أن الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة يحل محل الجزء الذى ورد عليه التصرف اصلا .ويعتبر وكأن التصرف قد ورد عليه منذ ابرامه .

تصرف الشريك في كل المال الشائع:

ليس للشريك على الشيوع أن يتصرف فى كل المال الشائع أو فى

جزء منه يزيد على حصته فيه ، واذا فعل ذلك كان تصرفه واردا على ملك الغير فيما زاد على نصيبه ، ولا ينفذ فى مواجهة باقى الشركاء لأن التصرف فى المال الشائع يستلزم اجماع الشركاء . ويحق لهم رفع دعوى الاستحقاق فى مواجهة المتصرف اليه .

ويجوز للمتصرف اليه طلب ابطال التصرف على أساس الغلط فى ملكية الشريك المتصرف اذا كان لا يعلم بأن حق المتصرف قاصر على حصة فيه . أما ان كان يعلم بوجود شركاء آخرين فهو بالخيار بين :

ـ اما انتظار نتيجة القسمة حيث يمكن أن يؤول الى المتصرف الجزء الذى تم التصرف فيه ، وقد يقع المال الشائع كله فى نصيب المتصرف ، هنا يستقر حق المتصرف اليه عليه أو على الجزء محل التصرف .

وقد يقع فى نصيب المتصرف جزء فقط من المال الذى تم التصرف فيه ،هنا يستقر حق المتصرف اليه على هذا الجزء ، ولا يسرى التصرف فيما عدا ذلك فى مواجهة الشركاء . وله طلب التعويض من

المتصرف بسبب عدم تنفيذ التزامه .

ـ واما طلب فسخ العقد والرجوع بالتعويض على المتصرف لعدم تنفيذه ما التزام به في العقد .

الفصل الخامس

قسمة المال الشائع

أسباب انقضاء الشيوع:

تتعدد الأسباب التي ينقضي بها الشيوع:

ينقضي الشيوع بناء على تصرف قانوني كأن يتم بيع المال الشائع الى الغير باتفاق الشركاء ، أو كأن يشترى أحد الشركاء انصبة الباقين .

وينقضي الشيوع بناء على واقعة مادية كأن تؤول ملكية المال الشائع الى أحد الشركاء أو شخص آخر على أساس الميراث .

ولعل أهم أسباب انقضاء الشيوع هو القسمة ، فالشيوع مهما طالت مدته ـ حالة مؤقتة تنتهي اما باستقلال أحد الشركاء أو الغير بالمال الشائع ، واما بتحول حق كل شريك الى ملكية مفرزة من خلال قسمة المال الشائع .

الحق فى طلب القسمة :

الأصل أن لكل شريك الحق فى طلب قسمة المال الشائع فى كل وقت ، الا أن هذا الحق قد يرد على قيد بمقتضى نص قانونى أو بمقتضى اتفاق الاطراف .

أ ـ فقد يقيد القانون الحق فى طلب القسمة ، اذ تنص المادة ١٠٩٦ يمنى على أنه اذا تبين من الغرض الذى أعد له الشىء المشترك انه لا يتحقق الا ببقائه دائما على الشيوع ، فليس للشركاء أن يطلبوا قسمته ، ولكل بيع حصته .

طبقا للنص لا يجوز طلب القسمة اذا كانت تتعارض مع الغرض الذى أعد له المال المشترك ، ويبدو ذلك فى حالات الشيوع الاجبارى حيث أن هناك بعض الأموال التى تعد لغرض لا يتحقق الا ببقاء الشيوع بين الشركاء كبئر للرى أو مجرى أو قنطرة أو حائط فاصل مشترك ، فانه يبقى دائما على الشيوع حتى يتحقق الغرض منه ، ولا يكون للشركاء طلب قسمته ، لما يترتب على ذلك من ضرر وانما يكون للشريك الحق ببيع حصته لشريكه أو للغير .

ب — ويجوز أن يتفق الشركاء على البقاء فى الشيوع مدة معينة،يلزم هذا الاتفاق الشركاء وخلفائهم • تنص المادة ١٠٩٥ على أنه يجوز الاتفاق بين الشركاء على البقاء فى الشيوع مدة معينة للمصلحة • فاذا اتفق الشركاء على ذلك فليس لأحدهم خلال المدة أن يطلب القسمة الا لمبرر قوى •

فالأصل أن الشيوع حالة مؤقتة لأنه غالبا ما يكون مجلبة للنزاع، لذا لا يجبر أحد على البقاء فيه الا برضائه أو لضرورة • فكل شريك له الحق فى طلب القسمة فى أى وقت لمجرد التخلص من الشيوع ولو لم يكن هناك أى مبرر وما لم يوجد قيد على طلب القسمة فان الشريك ينبغى أن يجاب الى طلبه •

الا أنه يجوز للشركاء الاتفاق على البقاء فى الشيوع مدة معينة للمصلحة ،كأن يكون بينهم قاصر يفضلون بلوغه سن الرشد ، وقد يكون من المناسب اقتصاديًا بقاء المال على الشيوع فترة معينة ، هذا الاتفاق يلزم الشركاء وخلفائهم ، فلا يكون لأحدهم خلال المدة المتفق عليها طلب القسمة الا لمبرر قوى •

ويجب أن تكون مدة الاتفاق على البقاء في الشيوع محــددة ،
ويبطل الاتفاق اذا تضمن تأبيد البقاء في الشيوع .

وحيث أن القسمة هي الوسيلة المثلى والغالبة لانهاء حالـة
الشيوع ، فاننا نعرض لدراستها مبينين أنواعها وآثارها .

المبحث الأول

أنواع القسمة

تعرف المادة ١٠٨٧ يمني القسمة بأنها معرفة ما لكل شريك في المال وافرازه بعد موازنة السهام في المثليات وتعديلها في القيميات .

فالقسمة المقصودة هنا هي قسمة الملكية التي تؤدي الى أنهاء حالة الشيوع وذلك من خلال اختصاص كل شريك بجزء مغرز من المال الشائع يوازي حصته فيه ، وهي تختلف عن قسمة المهايأة التي تكون مؤقتة ، ويقصد منها تنظيم الانتفاع بالمال الشائع .

وطبقا لنص المادة ١٠٨٩ يمني : القسمة قد تكون اختيارية بالتراضي بين الشركاء ، وقد تكون جبرية بأمر القضاء " قسمة قضائية "

والقسمة القضائية قد تتم عينا حيث يحصل كل شريك على جزء مغرز من المال الشائع ، وقد تتم بطريق التصفية حيث يباع المال لعدم امكان قسمته ويوزع الثمن على الشركاء .

ونعرض لكل من نوعي القسمة : الاتفاقية والقضاية في مطلب مستقل .

المطلب الأول

القسمة الاتفاقية

طبقا للمادة ١٠٨٩ يمنى القسمة الاتفاقية هى قسمة اختيارية بالتراضي بين الشركاء . يتفق فيها الشركاء جميعا على أن يأخذ كل منهم نصيبه من المال المشترك فى معين طبقا لما تراضوا عليه بدون اجبار أو قرعة .

يتضح من النص أن القسمة الاتفاقية لا تتم بالا باجماع الشركاء ، ولا تكفى الاغلبية أيا كانت قيمتها ، فان رفض بعض الشركاء أو أحدهم القسمة ، فانها لا تتم الا بواسطة القضاء (القسمة القضائية) .

واذا تراضى جميع الشركاء على القسمة ، فانها يمكن أن تتم بأية طريقة تروق لهم ، فقد يجرون القسمة بطريقة عينية أى باعطاء كل شريك جزءا من المال الشائع ، وقد يجرون القسمة بطريق التصفية فى حالة تعذر القسمة العينية ، حيث يتم بيع المال بالممارسة أو بالمزاد ويوزع الثمن على الشركاء .

وتبين المادة ١١٠١ أحكام القسمة الاختيارية بقولها : للشركاء البالغين أن يقسموا المال المشترك بينهم اختيارا بالطريقة التى يرتضونها ويجوز فيها جمع الأشياء المتماثلة والمختلفة ، كما يجوز فيها جمع نصيب اثنين أو أكثر فى قسم واحد ، ولهم أن يقسموا بأنفسهم أو بواسطة عدلين ، كما يحق لهم تعديل الحصص بالنقد ، ولا تسمع من حاضر دعوى غبن فى القسمة الا لأمر قطعى أو لا تجوز قسمة اختيارية فيها قاصرا أو مجنون أو غائب .

يتضح من النص أن حكام القسمة الاتفاقية هى :

ـ القسمة الاختيارية هى التى يتراضى عليها الشركاء جميعا فيما لا يخالف الأحكام الشرعية ،فلا تصح قسمة فيها رباء كما لا تصح قسمة فيها ضرر طبقا للمادة ١٠٩١ حيث تبين أن الشركاء لا يجابون الى القسمة الا اذا عم نفعها جميعهم ،فاذا كان فيها ضرر عليهم أو على بعضهم أو أحدهم فلا يجاب طالبها اليها وان فعلوا بأنفسهم مع ما فيها من ضرر كان لهم الرجوع فيها ولا يجبر أحدهم عليها فلا يقسم ما فى قسمة ضرر ولو رضى المتقاسمون بذلك طبقا لما هو

مقرر شرعا من أنه لاضرر ولا ضرار فى الاسلام وان الأحكام انما تبنى على المصلحة .واذا تمت القسمة الاتفاقية الشرعية فانها تكون ملزمة للشركاء ولخلفائهم .

ـ تتم قسمة التراضى بالطريقة التى يتفق عليها الشركاء جميعا ولو خالف ذلك القواعد المتعارف عليها ، فيجوز لهم الجمع بين الأشياء المتماثلة والمختلفة وجمع اثنين أو أكثر فى قسم ، ولهم أن يعدلوا الحصص بالنقد .

ـ يمكن للشركاء تقسيم المال المشترك بأنفسهم أو بواسطة عدلين .

ـ لا تسمع دعوى غبن من الشريك طالما كان حاضرا القسمة الا لأمر قطعى كأن يكون الشركاء قد اخطأوا فى حساب نصيب أحدهم جهلا منهم بأحكام الشريعة فى الارث مثلا ، أما ما يبنى على تقويم المال فلا رجوع فيه ما لم يكن هناك تغرير أو خداع ، أى أن النصف يجيز الطعن فى القسمة استنادا الى الغلط فى القانون أو التدليس .

ـ لا تجوز قسمة اختيارية فيها قاصر أو مجنون أو غائب ، اذ يلزم فى هذه الأحوال الالتجاء الى القسمة الجبرية أو القضائية

ـ العبرة فى تقدير قيمة الغبن بوقت القسمة لا بوقت الطلب ، ويسقط الطلب اذا أكمل المدعى عليه ما نقص من حصة المغبون عينا أو نقدا طبقا للقواعد العامة فى الغبن لزوال موجب نقض القسمة (م ١١٠٠) .

المطلب الثاني

القسمة القضائية

يمكن الالتجاء الى القضاء لاجراء القسمة فى حالة عدم توصيل الشركاء الى اتفاق جماعى بشأنها سواء لأن بعض الشركاء يرفض اجرائها أو لصعوبة تحديد الأنصبة بطريقة ترضى الجميع. وحق اللجوء الى القضاء لقسمة المال الشائع أمر مكفول لكل الشركاء وذلك ما لم يكن هناك قيد قانونى (الشيوع الاجبارى) أو اتفاق على اجرائها .

ويجدر التذكرة بأن اللجوء الى القسمة القضائية أمر وجوبى اذا وجد بين الشركاء قاصر أو مجنون أو غائب .

شروط القسمة القضائية :

١ ـ يجب أن يطلب القسمة بعض الشركاء ، ويكفى أن يقدم الطلب من أحد الشركاء المتقاسمين (م ١١٠٢) .

٢ ـ يجب حضور الشركاء جميعا أو من ينوب عنهم ، أى ينبغى

مثول كل الشركاء أو من ينوب عنهم فى دعوى القسمة .

واذا كان بين الشركاء قاصر أو من فى حكمه ناب عنه وليه أو وصيه ، وان كان بينهم غائب ناب عنه وكيله ، فان لم يكن للقاصر أو من فى حكمه ولى أو وصى ولم يكن للغائب وكيل نصب القاضى عنه من يقوم مقامه فى القسمة (م ١٠٩٠) .

٣ ـ لا يجاب الشركاء الى القسمة الا اذا عم نفعها جميعهم ، فان كان فيها ضرر عليهم أو على بعضهم أو أحدهم فلا يجاب طالبها اليها وان تعلوا بأنفسهم مع ما فيها من ضرر كان لهم الرجوع فيها ولا يجبر أحدهم عليها فلا يقسم ما فى قسمة ضرر ولو رضى المتقاسمون بذلك ، كما هو مقرر شرعا من أنه لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام وان الأحكام انما تبين على المصلحة (م ١٠٩١) ويقدر القاضى عما اذا كان فى اجراء القسمة ضررا بالشركاء أو بأحدهم أو بالمصلحة العامة .

٤ ـ لا تقسم تركة مستغرقة بدين حيث لا ارث الا من بعد وصية يوصى بها أو دين ، وذلك حماية لحقوق الدائنين المتعلقة بالتركة .

٥ ـ اذا كان فى الورثة حمل ،فيتبع ما نص عليه فى قانـــون المواريث .

والقسمة القضائية اما أن تكون عينية أو بطريق التصفية .

أولا

القسمة العينيـــة

الأصل أن تتم القسمة القضائية بطريقة عينية أى باعطاء كـــل شريك جزء مفرز من المال الشائع .

ويبين القانون المدنى اليمنى بالتفصيل الأسس الواجـــب مراعاتها عند اجراء القسمة وتتمثل فى الآتى :

١ ـ على القاضى أن يندب عدلين (خبيرين) أو أكثر لافراز الانصباء ، أى أنه يجب على القاضى أن يستعين باثنين من الخـــبراء على الأقل لاجراء القسمة ، والالتزام بعدلين راجع الى أن العدول مثل الشهود .

٢ ـ تقسم مصاريف القسمة من أجور وتكاليف وغيرها عـــــلى

المتقاسمين بنسبة حصصهم فى المال المقسوم لا بحسب عدد الشركاء وذلك تحقيقا للعدالة بينهم ٠

٣ ـ تقدير المختلف كالقيميات أى تحديد قيمة القيميات بالنقود ، وتقدير المستوى بكيل أو وزن دون تفاوت منعا للربـــاء أى أن المثليات تقدر بالكيل أو الوزن ليعطى كل شريك قـــدرا متساويا منها ٠

٤ ـ القسمة فى المستوى جنسا وقدرا بالكيل أو الوزن تكون بالافراز وهو يميز النصيب وعزله ولو بدون حضور الشريك أو مؤاذنته ، أى أنه بالنسبة لطريقة قسمة المثليات فانها تكون فى المستوى جنسا ٠ كالشعير وتقديرا بالوزن أو بالكيل بالافراز أى باخراج النصيب وعزله عن غيره ٠

٥ ـ بالنسبة للعقارات يجب استيفاء المرافق من طـــرق ومجارى ماء وغيرها على وجه لا يضر بأى من الشركاء بقدر الامكان ٠

٦ ـ تلافيا للضرر الذى يترتب على ابعاد الفرع عن أصله ، والنابت عن الأرض التى تنبت فيها ، فانه لا يقسم الفرع دون أصله

حتى لا يتلف ولا يقسم النبات دون المنبت الا اذا اتفق على قطع النبات حيث أن بعض النباتات يستفاد بها مقطوعة قبل تمام نضجها .

٧ ـ لا يدخل البذر والدفين ونحوهما في المال المقسوم بل يبقى على حاله مشتركا كما كان قبل القسمة مالم ينص على دخوله أو يقضى العرف بغير ذلك .

٨ ـ يجب على القسام أن يحدد ما يلزم تقويمه ثم يقومه ويعدله على حسب سهام القسمة ، ويفرز كل نصيب بمرافقه ثم يرقم الانصباء الأول ثم الثاني وهكذا ،ولما كانت السهام تحدد على أساس أقل الأنصبة بحيث تكون قابلة للقسمة بدون باق . وقد يكون نصيب أحد الشركاء عددا من الأسهم لذا يجب أن يتبع السهم ما سبقه عند تعدده ، خشية تفرق الحصة ، فمثلا اذا قرع لأحد الشركاء فخرج السهم رقم ٤ وكان له ثلاثة أسهم فانه يأخذ السهام أرقام ٤ ، ٥ ، ٦ استيفاء لحصته .

وتعبر المادة ١١٠٧ عن ذلك بقولها يلتزم القسام بتحديد

ما يقوم بقسمته وتعديله عن سهام القسمة ، وتوزيعه ، كما يلزم في تعديل السهام تقويم المختلف ،وافراز كل نصيب بطريقه ومجرى ماءه وما الى ذلك ،وترقيم الانصباء بالنصيب الأول والثاني وهكذا ويتبع السهم ما سبقه عند تعدده خشية تفرق الحصة .

٩ ـ يلزم عند اجراء القرعة على السهام أن يكون المتقاسمون أو من يقوم مقامهم حاضرين والا بطلت القرعة ولا يعمل بها فيتعين على القسام وعلى القاضي مراعاة ذلك .

١٠ ـ يسلم النصيب الى صاحبه أو من يقوم مقامه وتكفي التخلية في العقارات مع حضور مالك النصيب أو من ينوب عنه .

١١ ـ يوفى الشريك نصيبه من جنس المقسوم الا ما لا يستطاع فيه ذلك فتكون القسمة فيه مهايأة بين الشركاء .

١٢ ـ التعويض بالنقود في القسمة الجبرية ممنوع الا بموافقة جميع الشركاء وتراضيهم على ذلك لضرورة هي تعذر القسمة بدون التعويض بالنقود ويلزم في ذلك قرار القاضي الذي يستمع الى أقوال

العدلين والشركاء ثم يقرر ما اذا كان التعويض بالنقود لازما أم لا أو على القسام اتباع ما يقرره ٠

١٣ ـ لا تكون قسمة تتبعها قسمة على معنى أن القسمة توفى كل شريك نصيبه بحيث لا يحتاج الأمر الى قسمة أخرى ، الا فى حالة المناسخة أو اذا كانت الاستفادة من القسمة منتفية بسبب تجزئة المقسوم فعند ذلك لا تمتنع القسمة ٠

ثانيا

قسمة التصفية

اذا تعذر اجراء القسمة عينا تم اجراؤها بطريق التصفية ، أى ببيع الشىء المملوك على الشيوع وتوزيع ثمنه على الشركاء بنسبة نصيب كل منهم ٠

وطبقا للمادة ١١٠٢ (٦) يوفى الشريك نصيبه من جنس المقسوم الا حالا يستطاع فيه ذلك كثوب واحد أو حانوت صغير أو حمام ونحوها ، فتكون القسمة فيه مهايأة بين الشركاء أو يباع ٠

وتنص المادة ١٠٩٢ على أنه اذا كان المال المشترك عينا لا يقبل القسمة ، وكان في المهايأة فيها ضرر ، فتباع ويقسم ثمنها على الشركاء فيها كل بقدر حصته ويجبر المتمرد ، ويقدم الشريك في الشراء .

يواجه النص فرض المال المشترك الذى لا يقبل القسمة كالحيوان أو الآلة أو الذى تكون قسمته عديمة الفائدة أو ضارة كقطعة أرض صغيرة تؤدى تجزئتها الى فقدان قيمتها .

يباع هذا المال ويقسم الثمن على الشركاء كل بقدر نصيبه ، ولا يستطيع أى من الشركاء التمرد على البيع حيث يأذن القاضي بذلك بالشروط وبالكيفية التى يحددها . وللشركاء حق اختيار طريقة البيع .

ويفرق النص بين البيع العادى والبيع بالمزاد :

فبالنسبة للبيع العادى الذى يتم على أساس ثمن مقدر بواسطة عدول ، يقدم الشريك في الشراء على الغير مطلقا ، أى أن الشريك الذى يرغب في شراء المال الشائع بالثمن المقدر بواسطة

الخبراء يكون أولى من الغير دائما ٠

واذا كان هناك أكثر من شريك يرغب فى شراء المال بهذا الثمن فان المفاضلة بينهم تتم على أساس القرعة ٠

أما اذا كان البيع بالمزايدة فان الشراء يكون لمن يرسو عليه المزاد (المزايد الأخير) أيا كان (شريك أو من الغير) ٠ ويعتبر رسو المزاد على أجنبى بمثابة بيع للمال الشائع من الشركاء وتطبق على علاقته بهم أحكام البيع ٠ أما ان رسا المزاد على أحد الشركاء كنا بصدد قسمة تصفية وطبقت أحكام القسمة على التصرف ٠

الطعن للغبن فى القسمة القضائية :

القاعدة أن القسمة القضائية عينية أو بطريق التصفية ، تتم أمام القضاء طبقا لشروط وأحكام معينة ومن ثم يراعى فيها مصلحة كل الشركاء وتتم طبقا لما تقتضيه العدالة ، ومن ثم لا يتصور فيها الطعن على أساس الغبن من أى من الشركاء ٠

الا أن المشرع اليمنى من باب التحوط لحماية طائفة معينة

من الشركاء أباح هذا الطعن بنصه فى المادة ١١٠٠ على أنـــه يجوز للغائب عند حضوره والصغير عند بلوغه والمجنون عند افاقته ، الذى لحقه من القسمة غبن فاحش ان يطلب من القضاء نقض القسمة للغبن ، والعبرة فى تقدير القيمة بوقت القسمة . ويسقط الطلـــب اذا أكمل المدعى عليه ما نقص من حصة المدعى عينا أو نقدا .

وطبقا للمادة ٢٦٦ من قانون الاثبات الشرعى : لا تسمـــع الدعوى من المتقاسم أو وارثه فى قسمة مستوفية شروط صحتها الا من القاصر بعد بلوغه أو الغائب بعد حضوره وبشرط الا تمضى سنة من وقت البلوغ أو الحضور .

المبحث الثاني

آثار القسمة

يترتب على قسمة المال الشائع عدة آثار هي :

الأول : تحديد نصيب كل شريك ماديا في المال ، أي يتحول نصيبه من حصة شائعة الى حصة مفرزة ، فملكية الشريك على الشيوع تصبح ملكية مفرزة .

وتكون ملكية الشريك للجزء المفرز بأثر رجعي ، أي أنه يعتبر مالكا لحصته ليس من وقت القسمة ولكن منذ أن تملك في الشيوع ، فالقسمة تكشف عن ملكيته منذ بداية الشيوع وهذا ما يسمى بالأثر الرجعي أو الكاشف للقسمة .

الثاني : ترتب القسمة التزاما متبادلا بين المتقاسمين بالضمان ، حيث يضمن بعضهم البعض لما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ، ويكون كل شريك ملزما بنسبة حصته ان يعوض مستحق الضمان .

الثالث : يلتزم الشريك الذى يحصل على نصيب أكبر من حصته بأن يؤدى معدل القسمة الى من حصل على نصيب أقل من حصته .

الرابع : يلتزم الشريك الذى رسا عليه المزاد ، فى قسمة التصفية ، بدفع مقابل حصص الشركاء الآخرين .

الخامس : يكون حق كل شريك فى الرجوع على الآخرين بسبب القسمة واستيفاء ما تقرر له من معدل أو مقابل نقدى ، مضمونا بامتياز على ما اختص به الشريك المدين .

ونقتصر فى دراستنا هنا على الأثرين الجوهريين للقسمة الا وهما : الأثر الكاشف ، ضمان التعرض والاستحقاق .

المطلب الأول

الأثـر الكاشـف للقسمــــة

يترتب على القسمة اختصاص كل شريك بجزء مفرز من المـــال الشائع، يعادل الحصة التى كانت له على الشيوع، تتحول الحصة الشائعة التى كانت للشريك فى المال المشاع الى حصة مفرزة أى تنقلب ملكية الشريك الشائعة الى ملكية مفرزة، يتحدد حق الشريك المعنوى فى المال الشائع فى جزء معين من المال لا يشاركه فيــه أحد من الشركاء .

ويعتبر المتقاسم مالكا للحصة المفرزة التى آلت اليه منـــذ أن تملك فى الشيوع، وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصــص، فالقسمة لا تنقل الى المتقاسم حقا جديدا ولكنها تكشف عن حــق مقرر له من قبل، وهذا ما يعبر عنه بالأثر الكاشف أو المقرر للقسمة فالقسمة مقررة وليست منشئة .

وتستند ملكية الشريك المتقاسم للحصة التى آلت اليه الــى

تاريخ بدء الشيوع ، أى تاريخ قيام الملكية الشائعة ،وليس تاريخ القسمة ، وهذا ما يعبر عنه بالأثر الرجعى للقسمة ٠

وتنص على هذا المعنى المادة ١٠٩٧ يمنى بقولها "اذا تمت القسمة نهائيا فى الملك ، فان كل متقاسم يعتبر مالكا للحصة المعنية التى آلت اليه القسمة بالقسمة منذ نشوء الملك" ٠

ويترتب الاثر المقرر للقسمة سواء كانت عينية أو بطريق التصفية متى رسا المزاد على أحد الشركاء ،حيث يعتبر هذا الشريك مالكا للعين كلها منذ بدء الشيوع ،ويعتبر الشركاء الآخرون وكأنهم لم يملكوا فيها شيئا ٠

والحكمة من تقرير الأثر الرجعى للقسمة هو حماية الشريك من تصرفات شركائه فى حصصهم قبل القسمة ،حيث يحصل الشريك المتقاسم على الجزء المفرز خالصا من آثار أية تصرفات أبرمها غيره من الشركاء أثناء قيام الشيوع ٠ نظرا لأن كل تصرف صادر أثناء الشيوع من أحد الشركاء الآخرين على هذا الجزء المفرز يعتبر غير نافذ فى حق الشريك الذى اختص به لأنه صادر من غير مالك ٠

لذا ينبغى حصر الأثر الرجعى للقسمة فى حدود الحكمة منه دون ترتيب باقى الآثار التى ترتبط به ،فلا يجوز للشريك المتقاسم أن يطالب بثمار حصته منذ بدء الشيوع أو أن يطلب استرداد ما أنفقه من مصروفات على الأجزاء الأخرى ، استنادا الى أنه لم يكن يملك سوى هذه الحصة منذ بدء الشيوع .

المطلب الثانى

أحكام الضمان فى القسمة

ترتب القسمة التزاما متبادلا بين المتقاسمين بالضمان ،حيث يضمن بعضهم البعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق . يكون لكل متقاسم الحق فى الرجوع على بقية المتقاسمين بالضمان اذا وقع له تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ،أى أن كل متقاسم يضمن للمتقاسمين الآخرين ما قد يقع لهم من تعرض أو استحقاق فى الحصة المفرزة التى آلت اليهم نتيجة القسمة .

والأصل أن ضمان التعرض والاستحقاق يترتب على عقد البيع بوصفه عقد ناقل للملكية ،حيث يضمن البائع للمشترى ملكية الشىء الذى نقله له . الا أن المشرع رتب هذا الضمان على القسمة بالرغم من انها تصرف كاشف ولا يعتبر المتقاسمون خلفاء لبعضهم على أساس ضرورة تحقيق المساواة فيما بينهم . فاذا حدث تعرض أو استحقاق لأحد الشركاء فان ذلك يؤدى الى اختلال المساواة بينهم ،لذا وجب الضمان .

فاذا فرض أن تعرض شخص من الغير لأحد المتقاسمين بعد القسمة واستحق بعض أو كل المال الذى وقع فى نصيب هـــــذا المتقاسم حيث تبين أن هذا المال لم يكن ملكا للشركاء ، فانه ليس من العدل أن يتحمل هذا الشريك وحده هذه الغلطة ويحرم من كل أو بعض حقه بينما يأخذ الباقون حقوقهم كاملة . لذا كان مـــن العدل السماح للشريك الذى وقع له التعرض أو الاستحقـــــاق بالرجوع بالضمان على باقى الشركاء لتعويضه عما أصابه من خسارة .

ويشمل الالتزام بالضمان التعرض والاستحقاق معا فكلاهمـا صورة واحدة من الضمان ، حيث يلتزم الضامن بضمان التعـــرض أى بالاستحقاق كل ما يلزم لدفع تعرض الغير ، الذى يتمثل فى ادعــاء ملكية المال الذى آل الى المتقاسم نتيجة القسمة ، فاذا لم ينجح فى ذلك واستحق الغير المال المضمون التزم الضامن بالتعويض عـــن هذا الاستحقاق .

شروط قيام الضمان :

تنص المادة ١٠٩٨ يمنى على أحكام الضمان فى القسمـــة

بقولها : " اذا استحق نصيب أحد الشركاء أو بعضهم للغير ، فيرجع على التركة بقدر ما استحق وينقص على كل وارث بقدر حصته بثمن القسمة .

وتعلق المذكرة الايضاحية بقولها : اذا تبادلت القسمة عينا ثبت بحكم بعد القسمة أنها ليست من التركة وأنها مملوكة لغير مؤرث المتقاسمين أو لغير الشركاء وانما تناولتها القسمة لثبوت يد المؤرث عليها أو نحو ذلك ثم نازع مالكها الوارث الذى صارت اليه بالقسمة أو بعين الورثة التى صارت العين الى جميعهم وحكم على من تعينت له فكان ذلك سببا فى انتقاصه كان له الرجوع على التركة بقدر ما استحق من نصيبه وينقص كل وارث بقدر حصته من المنتكل والعبرة بثمن ذلك وقت القسمة لا بالثمن وقت الطلب .

وينبغى أعمال الاحكام الواردة بالنص مع استكمالها بالمبادىء العامة للضمان الواردة فى عقد البيع ما دامت لا تتعارض مع طبيعة القسمة ويمكن القول ، بصفة عامة ، بأن القواعد التى تحكم ضمان البائع هى التى تحكم ضمان المتقاسم ، ويمكن اجمال هذه القواعد فيما يلى :

أولا ـ وقوع تعرض أو استحقاق من الغير:

يجب أن يقع تعرض أو استحقاق من الغير، والمقصود هو التعرض القانونى وليس المادى، فالمتقاسم كالبائع لا يضمن التعرض المادى الصادر عن الغير. ويتمثل التعرض القانونى فى ادعاء حق على النصيب الذى آل الى المتقاسم نتيجة القسمة، كأن يدعى عليها حقا عينيا كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حقا شخصيا كالايجار أو يدعى ملكيته لهذا النصيب أو بعضه.

ويجب أن يقع التعرض بالفعل وذلك كأن يدعى الغير وجود الحق ويرفع دعوى بهذا الحق أو يقدم أدلة جادة على صدق ما يدعيه. وان كان نص القانون اليمنى يوحى بضرورة رفع دعوى من الغير وصدور حكم لصالحه بالاستحقاق كشرط للرجوع بالضمان على الشركاء، الا أننا نرى أنه يكفى التعرض لأنه ينبئ عن استحقاق محتمل.

ويجب أن يكون التعرض صادرا من الغير لا من أحد المتقاسمين فالتعرض الصادر من متقاسم آخر يخضع للقواعد العامة التى تقضى

بأن يمتنع المتقاسم عن التعرض المادى لمتقاسم آخر . فاذا تمثل نصيب الشريك فى محل تجارى ، امتنع على الشريك الآخر أن يقوم بفتح محل مماثل بجواره لمنافسته وجذب العملاء منه حيث يخالف مبدأ حسن النية فى تحديد مضمون عقد القسمة وتنفيذه ،

أما اذا كان تعرض المتقاسم مبنيا على سبب قانونى ، كأن يتبين وجود مال مملوك له ملكية خاصة ، الا أنه دخل القسمة بطريق الخطأ ووقع فى نصيب متقاسم آخر ، كان للمتقاسم المالك حق استرداد هذا المال ويرجع المتقاسم الذى حرم من نصيبه بضمان الاستحقاق على باقى المتقاسمين .

ثانيا ـ سبب سابق على القسمة :

يجب أن يكون التعرض والاستحقاق راجعين الى سبب سابق على القسمة ، أى أن يكون الحق الذى يدعيه الغير موجود قبل القسمة ، لا يضمن المتقاسمون بعضهم بعضا ما قد يقع من تعرض أو استحقاق ، الا فيما كان منهما لسبب سابق على القسمة ، فيمتنع الضمان اذا كان التعرض أو الاستحقاق لسبب لاحق على القسمة .

فلا ضمان فى حالة نزع ملكية المال من تحت يد المتقاسم للمنفعة العامة بعد القسمة ، وعلى عكس ذلك يقوم الضمان اذا ثبت أن شخصا من الغير كان مالكا لبعض الأموال المقسمة أو كان له عليها حق موجب للضمان .

الا أنه ينبغى ملاحظة أن الضمان يقوم فى حالة وجود سبب لاحق على القسمة اذا كان هذا السبب راجع الى تصرف أحد المتقاسمين الآخرين ، ولكن الرجوع بالضمان هنا يكون على المتقاسم الذى صدر منه التصرف سبب التعرض . وقد ورد هذا الحكم بالمادة ٥٠٨ فى شأن البيع حيث يلتزم البائع بالضمان فى حال التعرض لسبب لاحق للبيع بتصرف من البائع نفسه .

ثالثا ـ عدم رجوع الاستحقاق الى خطأ المتقاسم :

ليس للمتقاسم أن يرجع بالضمان على المتقاسمين الآخرين اذا كان استحقاق المال راجعا الى خطئه ، فهو يتحمل وحده نتيجة خطئه . مثال ذلك أن يأتى شخص من الغير مدعيا وجود حق له على العين فيقر له المتقاسم بذلك مباشرة ، ثم يتبين عدم صحة

هذا الادعاء وبعدم وجود الحق ، أو كان يهمل المتقاسم في اخطار المتقاسمين الآخرين بالتعرض الذى وقع له من الغير ويمضى فى الدعوى وحده الى أن يخسرها ثم يتبين عدم صحة الدعوى وان باقى الشركاء كانت لديهم الوسيلة الأكيدة لدفع هذه الدعوى .

اذا توافرت هذه الشروط كان من حق المتقاسم الرجوع بالضمان على باقى الشركاء المتقاسمين ولو تضمن عقد القسمة اتفاقا يقضى بالاعفاء من الضمان ـ بخلاف الحال فى القانون المصرى ـ حيث تنص المادة ٥١٥ مدنى ـ بشأن البيع ـ على عدم جواز هذا الاتفاق ولو كان المشترى يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق

آثار الضمان :

اذا حدث التعرض للشريك المتقاسم وجب عليه اخطار باقى الشركاء ، ويجب أن يدخلهم فى الدعوى المرفوعة عليه من الغير المتعرض ليقوموا بواجبهم فى الدفاع عنه .

فاذا نجح الغير فى دعواه وحكم له بحقه أى بالاستحقاق فعلا ، فان المتقاسمين يلتزمون بالضمان أى بتعويض المتقاسم عن

نصيبه أو عما نقص منه بسبب الاستحقاق ، ويتحمل التعويض جميع المتقاسمين كل بنسبة حصته بما فى ذلك المتقاسم الذى تعرض للاستحقاق ، وذلك لاعادة المساواة التى اختلت نتيجة الاستحقاق بين المتقاسمين . واذا كان أحد المتقاسمين معسرا وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين .

وانطلاقا من مبدأ المساواة أيضا فان العبرة فى تقدير قيمة الشىء تكون بقيمته وقت القسمة لا وقت الطلب ، وتقدر بالتالى قيمة التعويض على هذا الأساس .

ويجدر التذكرة بأن حق المتقاسم ، ضحية الاستحقاق ، يكون دينا ممتازا أى مضمونا أوله الأولوية على أموال بقية المتقاسمين بسبب القسمة (م ٣٦٦/٧ يمنى) .

هل يشمل الضمان العيوب الخفية ؟

القاعدة فى القانون المصرى انه لا ضمان للعيوب الخفية فى القسمة ، أما القانون اليمنى فيذهب الى عكس ذلك بنصه فى المادة ١٠٩٩ على أن : القسمة فى المختلف كالبيع فى أربعة أشياء هى

الرد للنصيب بالخيارات ، والرجوع على الشركاء بالمستحق ولو بالشفعة بالحكم أو باذن الشركاء ولحوق الاجازة للقسمة الصحيحة وتحريم مقتضى الربا .

وتعلق المذكرة الايضاحية على ذلك بقولها :

يبين النص الأمور التى تتفق فيها القسمة مع البيع ، ففى المختلف أى القيمى سواء تمت القسمة بالتراضى أو بحكم القاضى تثبت فيها الخيارات للمتقاسم كخيار الرؤية وخيار الشرط ، وخيار العيب فيكون لمن يثبت له الخيار الرد وعموما الرجوع على الشركاء بالمستحق عليه فى المادة ١٠٩٨ ولو كان الاستحقاق بالشفعة بحكم القاضى أو باذن الشركاء جميعا ولحوق الاجازة للقسمة الصحيحة ، وتحريم مقتضى الربا فلا يجوز فى المثلى أن يأخذ أحد المتقاسمين قدرا أكبر من الردىء فى مقابل قدر أقل من الجيد لأن ذلك عين الرباء .

يقرر النص مبدأ هاما مقتضاه تطبيق أحكام البيع على القسمة فيما يتعلق بالخيارات وينتج عن ذلك أن للمتقاسم الحق فى رد نصيبه اذا اكتشف به عيبا طبقا لأحكام ضمان العيب فى البيع ، ويستطيع

الرجوع بما ينقص من حصته (بالمستحق) على التركة (باقي الشركاء) وينقص على كل وارث (شريك) بقدر حصته والعبرة بثمن ذلك وقت القسمة .

<u>ظهور دائن أو موصى له أو وارث آخر :</u>

تنص المادة ١٠٩٤ على أنه اذا ظهر بعد قسمة التركة دائن أو موصى له أو وارث وتعذر حصوله على حقه من المتقاسمين أو بعضهم بالتراضي مع بقاء القسمة ، تنقض القسمة ويأخذ حقه من رأس التركة ، أو من الباقي منها بأيدي المتقاسمين ، ولمن أخذ منه الرجوع على الباقين طبقا لما تنص عليه المادة ١٠٩٨ .

يبين النص أحكام الأمور الطارئة على القسمة بعد حصولها ، فان ظهر دائن أو موصى له أو وارث لم يشترك في القسمة ، فان أمكن له أن يحصل على حقه من المتقاسمين بالتراضي معهم فيها ، وتبقى القسمة على حالها ، وان تعذر ذلك تنقض القسمة ويأخذ حقه من رأس التركة أو من الباقي منها بأيدي المتقاسمين ، ولمن أخذ منه شيء أزيد مما هو واجب عليه أن يرجع على باقي المتقاسمين بقدر ما نقص من نصيبه . ويتحمل كل متقاسم جزءا يتناسب مع حصته ، والعبرة بقيمة الشيء (بثمن ذلك) وقت القسمة .

الفصل السادس

صورة خاصة من الملكية الشائعة
(ملكية الطبقات والشقق)

تعتبر ملكية الشقق والطبقات تطبيق من تطبيقات الملكية المشتركة حيث تنطوى فى جزء منها على نوع من الشيوع الاجبارى بين الملاك • لذا يجدربنا أن نعطى لمحة عن الشيوع الاجبارى قبل التعرض لهذا النوع من الملكية •

الشيوع الاجبارى :

الشيوع الاجبارى هو ذلك النوع من الشيوع الذى لا يجوز لأى من الشركاء طلب قسمته ،اذ لا تجوز فيه القسمة أبدا وتعبر عن ذلك المادة ٨٥٠ مدنى مصرى بقولها " ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته اذا تبين من الغرض الذى أعد له المال انه يجب أن يبقى دائما على الشيوع •

وتنص المادة ١٠٩٦ يمنى على ذلك المعنى بقولها " اذا تبين من الغرض الذى أعد له الشىء المشترك انه لا يتحقق الا ببقائه

دائما على الشيوع ، فليس للشركاء أن يطلبوا قسمته ولكل بيع حصته . وتضيف المادة ١٠٩٢ الحل فى حالة الرغبة فى انهاء الشيوع الاجبارى بقولها " اذا كان المال المشترك عينا لا تقبل القسمة ، وكان فى المهايأة فيها ضرر ، فتباع ويقسم ثمنها على الشركاء فيها كل بقدر حصته ويجبر المتمرد ، ويقدم الشريك فى الشراء " .

ويمكن القول بوجود نوعين من الأموال فى حالة شيوع اجبارى :

الأول : الشيوع الاجبارى الاصلى ،حيث توجد الملكية الشائعة مستقلة بنفسها وليست فى خدمة عقارات مملوكة ملكية مفرزة ،مثال ذلك ملكية الأسرة من وثائق وأوسمة ومبان تقام فى المقابر .

الثانى :الشيوع الاجبارى التبعى ،ومحله أشياء تخصص بصفة تبعية لخدمة عقارات مملوكة لأكثر من مالك ملكية مفرزة . مثال ذلك الآبار والسواقى والقنوات والجسور المخصصة لخدمة الأراضى الزراعية المملوكة لعدة ملاك ،وكذلك الممرات والطرق التى تربط بين عدة عقارات ،ويدخل فى ذلك أيضا الحائط الفاصل المشترك بين أكثر من مالك .

ولا شك أن الشيوع الاجبارى الثانوى أو التبعى يعد أكثر أهمية ، وتزداد تلك الأهمية فى الوقت الحاضر مع انتشار التقدم العمرانى ،ويبدو ذلك واضحا بالنسبة لملكية الطبقات والشقق التى سنعرض لها بالتفصيل .

حق المالك فى الشيوع الاجبارى :

يعتبر حق المالك فى الشيوع الاجبارى حقا شائعا وليس حق ارتفاق ، وله أن يباشر حقه بوصفه مالكا على الشيوع على كل قسم من المال الشائع .ولا يسقط هذا الحق بعدم الاستعمال لأننا بصدد حق ملكية .

ويتمتع الشريك فى الشيوع الاجبارى بسلطات مادية أوسع نطاقا من الشيوع العادى فى استعمال الشىء الشائع والافادة منه فيما هو مخصص له . بل ان له اجراء تعديلات أو تغييرات فى الشىء الشائع بقصد تسهيل استعماله بشرط ألا يؤدى فى ذلك الى تغيير تخصيص الشىء أو الحاق الضرر بالملاك الآخرين ، مثال ذلك حق الشريك فى الطريق فى تمهيده ، وتحسينه وفتح مطلات

عليه ولكن ليس من حقه أن يكدس على جانبيه بضائع أو مواد بنــاء تعوق سير الآخرين .

ليس من حق الشريك فى الشيوع الاجبارى طلب قسمتــه ، ولا يجوز له النزول عن حصته أو التصرف فيها الا بالتبعية للعقـار الذى تعتبر من ملحقاته وتوابعه .

ملكية الطبقات والشقق

تمهيـد :

تزداد أهمية هذا الموضوع فى الوقت الراهن مع انتشـار التوسع العمرانى والكثافة السكانية حيث تزداد حركة البناء بشـكل كبير والاتجاه الى بناء المساكن المشتركة لصعوبة الاستقـلال بمسكن منفرد لارتفاع أسعار الأراضى ومواد البناء .

لذا يزداد اهتمام القوانين الحديثة بتنظيم هذا الموضوع ، ويوليه الفقه العديد من الأبحاث لما يثيره من مشاكل وأهمية عمليـة متزايدة .

ولم يتضمن القانون المدنى اليمنى تنظيما مفصلا لهذه المسألة ، بل أشار الى ذلك من خلال المادة ٤٦٥ بقوله " لا يجوز بيع العلو (الهواء) دون السفل الا اذا كان قائما ، واذا بيع العلو وهو قائم كان للمشترى حق القرار بحيث اذا تهدم العلو كان له أن يبنى علوا آخر مثل الأول . وتنظم المواد ١٢٢٣ : ١٢٢٩ حق القرار المشار اليه فى النص.

والأحكام المذكورة مستمدة من الشريعة الاسلامية التى أخذ عنها أيضا القانون المصرى أحكامه ، لذا سنعرض لهذه المسألة على ضوء النصوص المذكورة مستهدين بالمبادئ العامة الواردة فى القانون المدنى المصرى باعتبارها أكثر تفصيلا فى هذا الشأن .

تقسيم :

يمكن أن يتعدد ملاك البناء الواحد حيث يكون لكل منهم طابق أو شقة من طابق . هنا نوجد بصدد نوعين من الملكية : ملكية مفرزة أو مستقلة حيث يكون لكل مالك ملكية خالصة وكاملة الطبقة أو الشقة التى يختص بها ، ملكية شائعة بالنسبة للأجزاء

المشتركة من المبنى ،أى أن هذه الأجزاء تكون فى حالة شيوع اجبارى لأنها مخصصة للاستعمال المشترك .

وعلى هذا نقسم دراستنا الى أجزاء ثلاثة هى على الترتيب :

أولا ـ ملكية الأجزاء المشتركة

ثانيا ـ ملكية الأجزاء المفرزة

ثالثا ـ تنظيم العلاقة بين صاحب السفل وصاحب العلو

أولا

ملكية الأجزاء المشتركة

تحديد الأجزاء المشتركة :

تتحدد الأجزاء المشتركة فى المبنى أى المملوكة على الشيوع بالاتفاق بين الشركاء ، وغالبا ما تتضمن سندات الملكية مثل هذا التحديد ، ويعطى القانون بعض الأمثلة على ذلك ،فمثلا تنص المادة ٨٥٦ مصرى على أنه :

" اذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة فانهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض، وملكية أجزاء البناء المعدة

للاستعمال المشترك بين الجميع ،وبوجه خاص الاساسات والجدران الرئيسية ،والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات ، وكل أنواع الأنابيب الا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة ،وكل هذا ما لم يوجد فى سندات الملك مما يخالفه .

ولا يعد هذا التعداد من قبيل حصر الأجزاء المشتركة بل اننا بصدد مجرد أمثلة ، حيث يدخل فى تلك الأجزاء السلم أيضا ،ويمكن القول بصفة عامة ـ طبقا لتعبير القانون الفرنسى ـ ان الاجزاء المشتركة هى تلك غير المخصصة لاستعمال أحد الملاك .

وبالنسبة للحوائط الفاصلة بين شقتين فان ملكيتها تكون مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين .

حقوق الملاك فى الأجزاء المشتركة :

تعتبر الأجزاء المشتركة مملوكة على الشيوع لجميع ملاك الطبقات والشقق ، وهى معدة للاستعمال المشترك ولا تقبل

القسمة أبدا حيث أنها فى حالة شيوع اجبارى .

ويتحدد نصيب كل مالك فى هذه الأجزاء بالاتفاق المثبت فى سند التمليك ، وفى حالة عدم التحديد ، فالقاعدة هى أن نصيب كل مالك يكون بنسبة قيمة الجزء الذى يملكه فى الدار أى بنسبة قيمة طبقته أو شقته ، وتقدر قيمة الجزء المفرز الذى يملكه المالك بوقت انشاء الدار والتى -غالبا- ما تكون محددة ، فى سند التمليك ، ومن ثم فلا عبرة بما قد يطرأ على تلك القيمة من تغييرات بالزيادة أو النقصان بسبب التحسينات أو الاستهلاك .

ولا يجوز لأى من الشركاء أن يتصرف فى نصيبه من الأجزاء المشتركة بصفة مستقلة عن الطبقة أو الشقة التى يملكها ، بل ان التصرف فى الشقة أو الطبقة يشمل بالضرورة نصيب المتصرف فى الأجزاء المشتركة .

وكل مالك فى سبيل الانتفاع بالجزء الذى يملكه فى الدار حر فى أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما اعدت له ، على ألا يحول دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم . اذ يجوز لكل شريك أن

يستعمل وينتفع بتلك الأجزاء بشرط ألا يخرج بها عن وظيفتها والا يضر بالبناء أو بباقى الشركاء . فمثلا لا يجوز لأحد الملاك استعمال السلم فى عرض منتجاته وبضائعه .

التعديل والتصرف فى الأجزاء المشتركة :

يجوز لأى من الملاك القيام بأى تعديل فى الأجزاء المشتركة ولو بدون موافقة الملاك بشروط أربعة : أن يتم التعديل على نفقة الشريك الذى يستقل باحداثه ، وأن يكون من شأنه تسهيل استعمال تلك الأجزاء ، والا يغير التعديل من تخصيصها ، أو يلحق الضرر بالملاك الآخرين .

وفيما عدا ذلك فالتعديل غير جائز الا بموافقة جميع الشركاء ، فلا يجوز لأى مالك احداث أى تعديل فى الأجزاء المشتركة من شأنه أن يمس بسلامة البناء أو يغير من شكله الخارجى ، حتى ولو كان هذا التعديل عند تجديد البناء .

وبالنسبة للتصرف فانه لا يجوز لأى من ملاك الطبقات أو الشقق التصرف فى نصيبه من الأجزاء المشتركة استقلالا عن

الطبقة أو الشقة التى يملكها فى البناء . ومن جهة أخرى فـــان
التصرف فى الطابق أو الشقة أو الحجز على أى منهما يشمــــل
بالضرورة ما يقابلها من الأجزاء المشتركة باعتبارها من الملحقات .

التزامات الشركاء :

على كل مالك أن يشترك فى تكاليف حفظ الأجزاء المشتركـة
وصيانتها وادارتها وتجديدها ، ويكون نصيبه فى هذه التكاليـف
بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك

يلتزم كل شريك بالمساهمة فى تكاليف الادارة والصيانـــة
والحفظ والتجديد ، ويدخل فى ذلك اعباء الترميم واصلاح المصعد
وتجديد الآلة الرافعة للمياه ، واستهلاك المياه والنور للأجـــزاء
المشتركة .

لا يتحدد نصيب كل مالك فى تلك الاعباء حسب الاتفاق الثابت
فى سندات الملك ، والا فبنسبة قيمة الجزء الذى له فى الـدار ،
كما هى مقدرة وقت انشاء الدار .

ولا يجوز لمالك أن يتخلى عن نصيبه فى الأجزاء المشتركـة

للتخلص من الاشتراك فى التكاليف المذكورة . والالتزام بدفع هذا النصيب واجب فى جميع الأحوال بغض النظر عما اذا المالك ينتفع فعلا بالأجزاء المشتركة أم لأنها معدة لانتفاع الجميع فى جميع الأحوال .

ادارة الأجزاء المشتركة :

يجيز القانون المصرى لملاك كل مبنى مقسم الى طبقات أو شقق تكوين هيئة من الشركاء تتولى ادارة هذا البناء ، ويطلق عليها اتحاد الملاك ، ويمكن أن يتمتع هذا الاتحاد بالشخصية المعنوية حيث يكون له ذمة مالية مستقلة . ويحق له مباشرة اجراءات التقاضى ، ويعين للاتحاد مأمور يتحدث باسمه .

وللاتحاد أن يضع بموافقة جميع الأعضاء نظاما لحسن الانتفاع بالعقار المشترك وحسن ادارته ، فاللائحة أو النظام تتضمن اتفاق الشركاء على كيفية ادارة الأجزاء المشتركة ، ولا يجوز تعديل النظام الا بموافقة جميع الشركاء . ويسرى النظام على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما أم خاصا .

ويجوز أن ينشأ اتحاد الملاك بعد انشاء البناء ، ويجوز أن يكون الغرض من تكوينه الحصول على بناء متعدد الطبقات والشقق سواء بشرائه أو بتشييده ، وتوزيع ملكية أجزائه على الأعضاء .

واذا لم يوجد نظام للادارة أو اذا خلا النظام من النص على بعض الأمور ، تكون ادارة الأجزاء المشتركة من حق الاتحاد وتكون قراراته فى ذلك ملزمة ، بشرط أن يدعى جميع ذوى الشأن بكتاب موصى عليه الى الاجتماع ، وان تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الانصباء .

يجوز للاتحاد بهذه الأغلبية القيام بأعمال الادارة المعتادة وغير المعتادة ، كأن يقرض أى تأمين مشترك من الأخطار التى تهدد العقار أو الشركاء جميعا . وله أن يأذن فى اجراء أية أعمال أو تركيبات مما يترتب عليها زيادة فى قيمة العقار كله أو بعضه ، وذلك على نفقة من يطلب من الملاك ، وبما يضعه الاتحاد من شروط ، وما يفرضه من تعويضات والتزامات أخرى لمصلحة الشركاء .

يتولى الاتحاد ، بنفس الأغلبية ، تعيين مأمور يتولى تنفيذ قراراته ، ويمثل الاتحاد أمام القضاء حتى فى مخاصمة الملاك أن اقتضى الأمر ذلك ، وللأمور أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ الاجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها ، وله أن يطالب كل ذى شأن بتنفيذ هذه الالتزامات .

واذا هلك البناء بحريق أو بسبب آخر ، فعلى الشركاء أن يلتزموا من حيث تجديده بما يقرره الاتحاد ، بالأغلبية السابقة ، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك . فاذا قرر الاتحاد تجديد البناء خصص ما قد يستحق من تعويض بسبب هلاك العقار لأعمال التجديد ، دون اخلال بحقوق أصحاب الديون المقيدة .

ثانيا

ملكية الأجزاء المفرزة فى البناء

تحديد الأجزاء المفرزة :

تتمثل الأجزاء المفرزة فى الطبقات والشقق التى يتكون منها البناء ، حيث تكون كل شقة أو طبقة مملوكة ملكية مستقلة لأحد

الأشخاص• أى الملكية المفرزة تنصب على الجزء الخاص بالمالك والمعد لاستعماله وحده ، ويتضمن ذلك الطابق أو الشقة وما يوجد بداخلها من فواصل بين الحجرات ، والأنابيب والأسلاك الكهربائية الممتدة فى داخلها ، وأبواب المداخل والشبابيك والبلكونات الخاصة بالشقة ، والأدوات الصحية ، والبلاط والأخشاب التى تغطى الأرضية والجدران • أما الجدران الرئيسية والأرضية والسقف فتعد من الأجزاء المشتركة •

سلطات وحقوق المالك على الأجزاء المفرزة :

لمالك الطبقة أو الشقة كافة حقوق وسلطات المالك من استعمال واستغلال وتصرف ، فله أن يستعملها بنفسه أو يسكن فيها ذويه ، وله أن يستغلها بالايجار ، وله أن يتصرف فيها بالبيع أو الرهن أو الهبة وغير ذلك من التصرفات •

الا أنه نظرا لأننا أمام ملكية تتلاصق وتتجاور مع ملكيات الآخرين حيث تتشابك المصالح فيما بين ملاك الطبقات والشقق فان هناك كثير من الالتزامات المتبادلة بين الجيران على نحو

يفوق العلاقة بين الجيران العاديين ·

وعلى هذا فان حق مالك الشقة أو الطبقة في الاستعمال والاستغلال يتقيد بحقوق الجيران الذين يسكنون معه بنفس الدار ، فليس من حقه أن يغلو فى استعمال ملكه على نحو يضر بالجيران الآخرين · ولا يكون له القيام بأى عمل من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو يضعف متانته أو يغير من شكله أو مظهره الخارجى فمثلا ليس له أن يهمل أو يسىء استعمال أرضية الشقة أو الطبقة وما يكسوها من بلاط أو أخشاب لأنها تعد فى ذات الوقت سقفا لمن يوجد تحته من الملاك ·

وللمالك أيضا حرية اجراء التعديلات العادية بالشقة أو بالطبقة التى يملكها كازالة بعض الفواصل بين الحجرات لتوسعها أو اقامة بعضها أو تحويل الشرفات الى حجرات ، الا أن ذلك مقيد بألا يترتب على هذه التغييرات تهديد لسلامة البناء ·

ويجدر الاشارة أخيرا الى أن حرية المالك فى تصرف فى ملكيته الخاصة فى البناء يرد عليها حق الشفعة المقرر لباقى الشركاء ·

ثالثا

تنظيم العلاقة بين صاحب العلووصاحب السفل

يمتلك كل من صاحب العلو وصاحب السفل ملكية طبقتـــه ملكية خالصة ،الا أن التلاصق بين الطبقتين يفرض على كل منهما عدة التزامات تجاه الآخر .

التزامات صاحب السفل :

يلتزم صاحب السفل بالقيام بالأعمال والترميمات اللازمـــة لمنع سقوط العلو ، وان يعيد بناء السفل اذا تهدم .

١ ــ على صاحب السفل أن يقوم بالاعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو . فاذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات ، جـــاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل .ويجوز فى كل حالة لقاضى الأمـــور المستعجلة ان يأمر باجراء الترميمات العاجلة .

يجب على صاحب السفل تامين بقاء العلو وذلك باصـــلاح الجدران والأعمدة الحاملة لجدران وأرضية العلو . وكذا اجـــراء

ما يلزم لصيانة السقف وترميمه ·

واذا امتنع صاحب السفل عن القيام بالأعمال اللازمة لمنع سقوط العلو ،جاز للقاضى أن يأمر ببيعه وله أن يأمر صاحب السفل بالقيام بتلك الأعمال ،وفى حالة الضرورة والاستعجال يمكن لصاحب العلو أن يقوم بنفسه بالترميمات الضرورية بعد استئذان القاضى ،على أن يرجع بما انفقه على صاحب السفل ·

ويستطيع صاحب السفل التخلص من التزامه بالترميم بالتخلى عن ملكية السفل اذا وجد مصلحته فى ذلك ، فيصبح السفل ملكا لصاحب العلو ·

٢ ـ اذا تهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله ، فاذا امتنع جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل الا اذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه ·

وفى الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكن أو الانتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته ، و يجوز له

أيضا أن يحصل على اذن فى ايجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه ،

يلتزم صاحب السفل ببنائه اذا تهدم لأن لصاحب العلو حق القرار عليه ،فاذا امتنع عن ذلك كان لصاحب العلو أن يطلب أحد امرين :

الأول : السماح له باعادة البناء على نفقة صاحبه . فاذا اعاد بناء السفل كان له أن يمنع صاحبه من الانتفاع والسكن حتى يؤدى لصاحب العلو ما قام بانفاقه على البناء ، بل ويجوز له استئذان القاضى فى تأجير السفل أو سكناه بنفسه استيفاء لحقوقه ،

الثانى : الزام صاحب السفل باعادة بنائه أو بيعه ،ويكون للمحكمة ،فى حالة امتناع صاحب السفل عن البناء ،أن تقرر البيع ، ويؤول الثمن الى صاحب السفل ،ويلتزم المشترى باعادة البناء .

التزامات صاحب العلو :

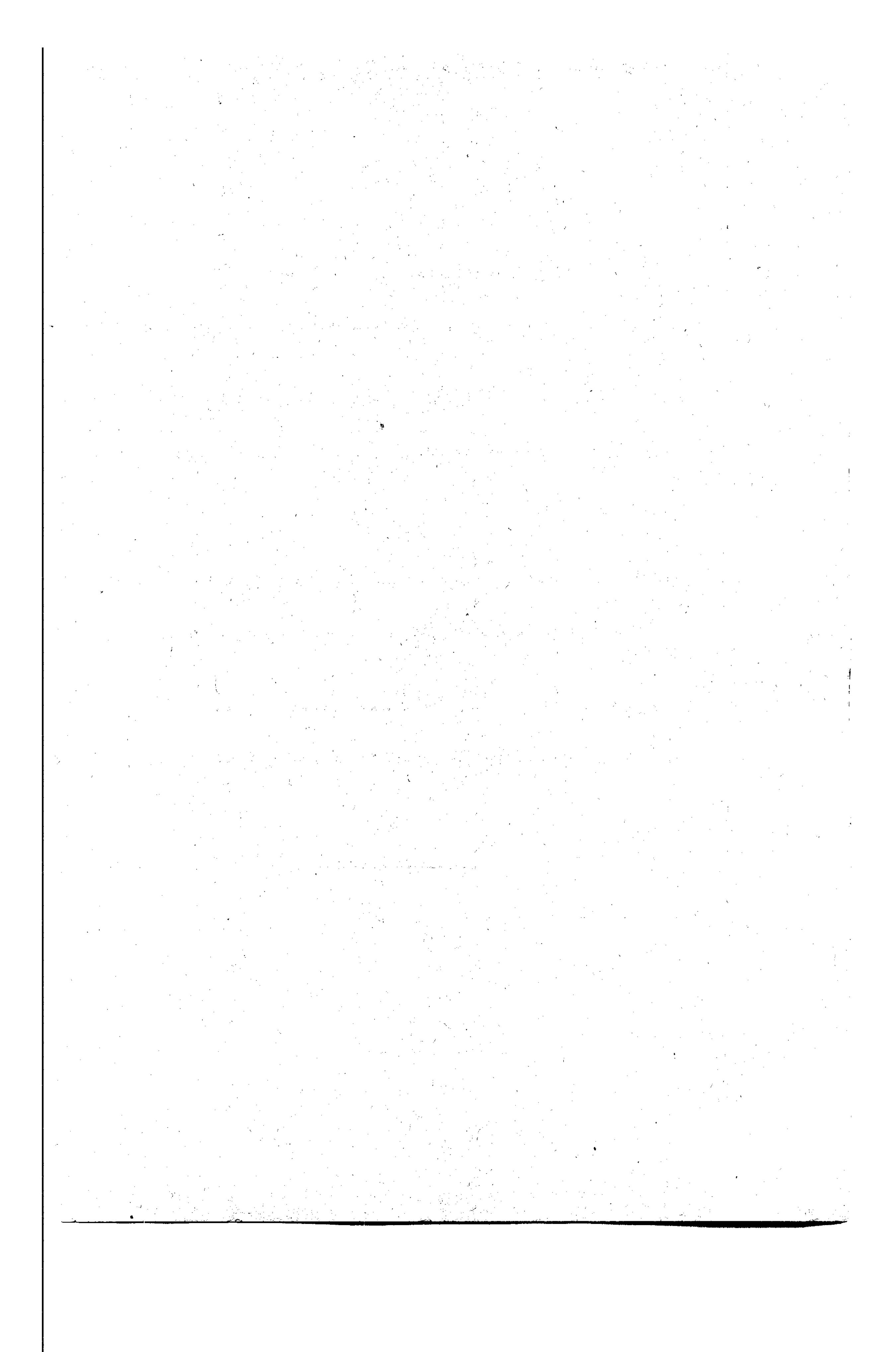
لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل . فالأصل أن لصاحب العلو الحق فى اضافة أدوار عليا وفى الارتفاع ،الا أن ذلك الحق مقيد بقيدين :

الأول : وجود اتفاق فى سند الملكية يحدد مدى الارتفاع والأدوار المسموح بها ، هنا يتقيد صاحب العلو بهذا الاتفاق ،

الثانى : يجب ألا يكون من شأن الاضافة أو الارتفاع الاضرار بالسفل ، أى ينبغى ألا تشكل الزيادة عبئا يفوق قدرة السفل على التحمل .

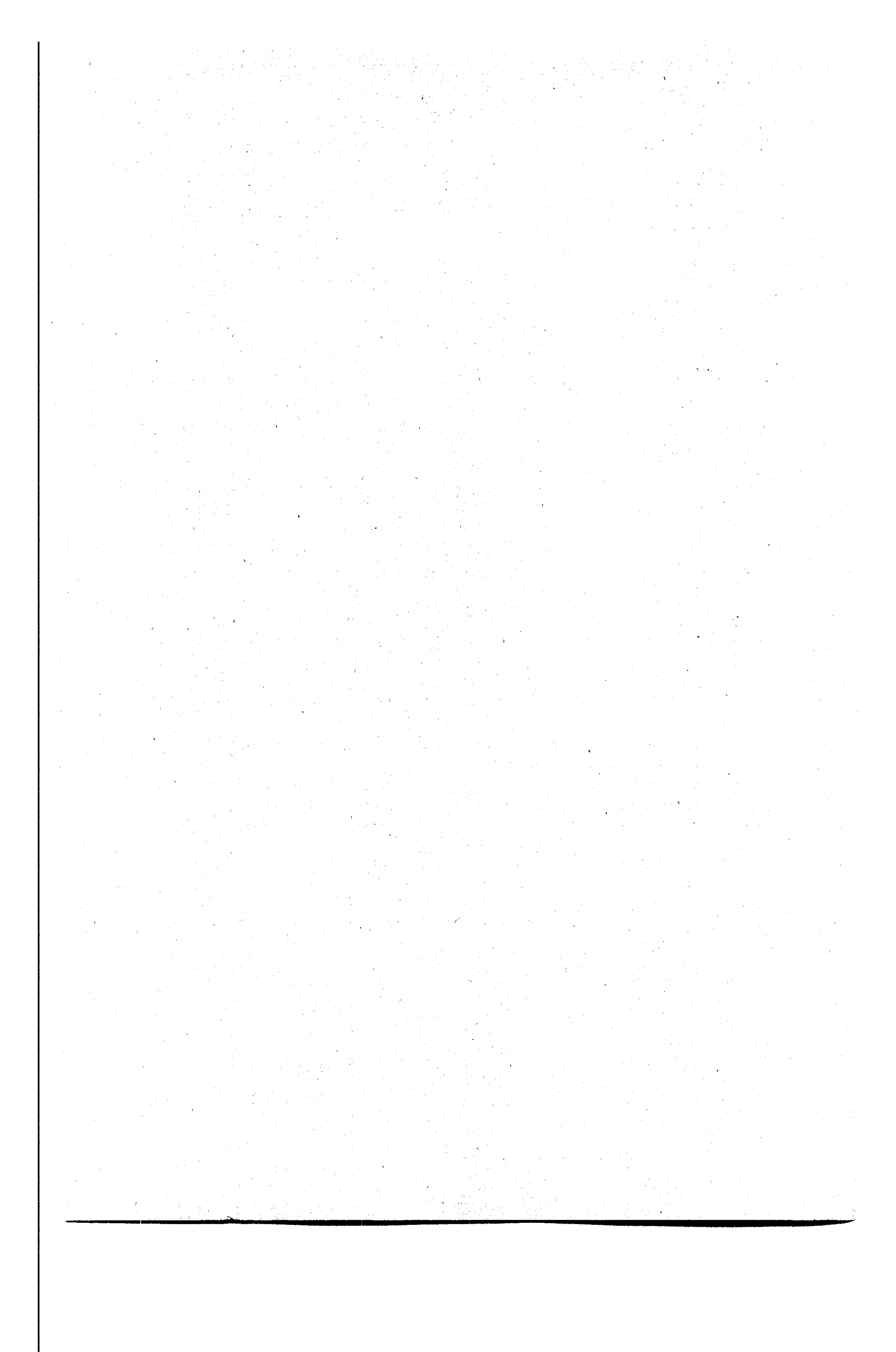
ويلتزم صاحب العلو كذلك بصيانة أرضية علوه حتى يحافظ على سقف السفل ، ولا يجوز له أن يثقل السقف بما يجاوز طاقته .

هذا بالاضافة الى المبدأ العام الذى يرد على كل الجيران وهو الامتناع عن الغلو فى الاستعمال على نحو يسبب اضرارا غير مألوفة للجار .



القسم الثاني

أسباب كسب الملكية



تمهيد :

يمكن اكتساب حق الملكية بأى سبب من أسباب كسب الحقوق بصفة عامة . وهذه الأسباب اما أن تكون وقائع طبيعية كالميراث ، أو أفعال مادية كالاستيلاء واحياء الأرض الموات والالتصاق والحيازة ، وأما أن تكون تصرفات قانونية كالوصية والعقد والأخذ بالشفعة .

ويمكن تقسيم أسباب كسب الملكية الى أسباب منشئة لحق الملكية ابتداء كالاستيلاء واحياء الأرض الموات ، وأسباب ناقلة لحق الملكية مثل الميراث والالتصاق والتصرف الشرعى (وصية ، عقد) والشفعة والحيازة .

وأخيرا فهناك تقسيم آخر لتلك الأسباب يتمثل فى تقسيمها الى مصادر مكسبة للحق بسبب الوفاء كالميراث والوصية ، وأخرى تكسبه حال الحياة حيث تأتى بقية المصادر الأخرى .

وقد خصص القانون المدنى اليمنى المواد ١١١٤ : ١٢٠٩ لأسباب كسب الملكية . ويمكن حصر هذه الأسباب فيما يلى :

١ ـ الاستيـــلاء ٠

٢ ـ احياء الأرض الموات ٠

٣ ـ المـــيراث

٤ ـ النصرف الشرعى (العقد ـ الوصية)

٥ ـ الالتصـــاق

٦ ـ الشفعــــة

٧ ـ الحيازة والغصب ٠

الباب الأول

الاستيلاء

تعريف الاستيلاء ونطاق تطبيقه:

يقصد بالاستيلاء حيازة الشيء الذى لا مالك له بنية تملكه ، فهو طريقة منشئة أصلية تكتسب بها ملكية الشيء ابتداء ، أى ينشئ حق الملكية على الشيء .

يقوم الاستيلاء كسبب لكسب الملكية بتوافر عناصر ثلاثة :
الأول : العنصر المادى ، ويتمثل فى وضع اليد أو الحيازة وهى واقعة مادية ، ولا يشترط استمرار الحيازة مدة زمنية معينة بل يكفى مجرد تحققها . الثانى : العنصر النفسى : وهو توافر نية تملك الشيء لدى الحائز ، اى أن يضع يده على الشيء بنية تملكه . الثالث : يجب أن يكون الشيء غير مملوك لأحد أى بلا مالك ، لذا فالاستيلاء لا يرد الا على الأشياء ، ولا يرد على الأموال ، وينقلب الشيء الى مال بعد الاستيلاء عليه حيث يصبح مملوكا بعد أن كان غير مملوك لأحد .

كان للاستيلاء دور هام فى كسب الملكية فى المجتمعات القديمة والصحراوية التى لم تستغل مواردها ، حيث كان هناك الكثير من الأشياء التى لا مالك لها وتصلح للاستيلاء عليها ، أما فى المجتمعات الحديثة فقد تضاءل مجال الاستيلاء كسبب لكسب الملكية بسبب ندرة الأشياء التى لا مالك لها .

ويعد الاستيلاء سببا لكسب حق الملكية فقط دون سائر الحقوق العينية الأصلية الأخرى كالانتفاع أو الارتفاق ، لأن هذه الحقوق ترد بالضرورة على شىء مملوك ، فهى اقتطاع من حق الملكية ومن ثم تفترض وجود هذا الحق ، ومن ثم لا يتصور أن ترد تلك الحقوق على أشياء غير مملوكة لأحد .

ويفرق المشرع اليمنى بين المنقول والعقار فى هذا الصدد ، فالمنقول الذى لا مالك له يمكن الاستيلاء عليه ، أما العقارات وتتمثل عملا فى الأراضى فانه يلزم احياؤها ان كانت مواتا كما سنرى .

النصوص :

تنص المادة ١١١٧ على أن من استولى على منقول مباح مما

ذكر فى المادة ١١١٦ بنية تملكه ملكه ،فان كان القاء بحره أوكنزا جاهليا فخمسه للدولة ،وان كان كنزا اسلاميا فحكمه حكم اللقطة على ما سيأتى :

وتنص المادة ١١١٦ على أن المنقولات الآتية تعتبر مباحة وهى :

١ ــ الحيوانات والطيور غير الأليفة التى لا مالك لها ما دامت طليقة واذا اعتقل حيوان أو طير منها ثم أطلق عاد مباحا اذا لم يتبعه صاحبه ، أوكف عن تتبعه ، وما روض من الحيوانات والطيور وألف الرجوع الى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة رجع مباحا .

٢ ــ ما يخجره البحر اذا لم يتقدم عليه ملك لأحد

٣ ــ المتروكات التى تخلى عنها مالكها نهائيا .

٤ ــ الكنز المدفون فى صاج اذا كان لا يعرف مالكه .

يتضح لنا أن الاستيلاء يرد على المنقول الذى لا مالك له ، وهذا المنقول اما أن يكون شيئا لم يدخل بعد فى ملكية أحد

أى لم يتملكه أحد من قبل ،واما أن يكون شيئا سبق تملكه ثم أصبح لامالك له ٠

الاستيلاء على المنقول الذى لم يكن لمالك أصلا :

ومن الأمثلة على هذا المنقول : الأشياء المشتركة ، الطيور والأسماك ،والحيوانات غير الأليفة ٠

١ ـ ويقصد بالأشياء المشتركة : الماء والهواء وأشعة الشمس،هذه الأشياء تخرج عن التعامل بطبيعتها وينتفع بها الكافة، ولا يستطيع شخص أن يستأثر بها فى مجموعها ٠ الا أنه اذا استحوذ أحدهم على شىء منها تملكها ٠ فمن يحضر كمية من مياه البحر لاستخلاص الملح أو يستولى على كمية من المياه العذبة لرى أرضه ، يصير مالكا لها بالاستيلاء ، ونفس الشىء لمن يعبىء الهواء فى أنابيب ٠

٢ ـ ونفس الشىء بالنسبة للطيور الطليقة وصيد البحر ، فمن يصيد طيرا فى الهواء أو سمكا فى الماء يتملكه بمجرد الاستيلاء عليه ، ويدخل فى ذلك أيضا كل أنواع الصيد من مرجان أو أعشاب

بحرية الى غير ذلك .

الا أنه ينبغى ملاحظة أن المقصود بالصيد هنا هو ذلك الذى يتم فى المجارى العامة اما المجارى المائية الخاصة فتكون مملوكة لصاحبها وتنبغى موافقته .

ويجدر الاشارة الى أن صيد البر والبحر قد ترد عليه قيود معينة من خلال اللوائح التى تنظمه فيجب الالتزام بها حرصا على المصلحة العامة ، لذا تنص المادة ١١١٨ على أن الصيد مباح برا وبحرا ، يجوز اتخاذه حرفة مع مراعاة ما تقضى به القوانين واللوائح من نظم وشروط فى هذا الصيد للمصلحة .

٣ ــ ونفس الشىء بالنسبة للحيوانات غير الأليفة حيث تعتبر لا مالك لها ما دامت طليقة ومن يجوز الاستيلاء عليها . أما الحيوانات الأليفة كالأغنام والبهائم والحمير فلا تعتبر بغير مالك بل هى ملك لصاحبها ولا يجوز الاستيلاء عليها ، وتظل فى ملكية صاحبها حتى لو ضلت أو تسربت حيث ينبغى اعادتها اليه .

أما الحيوانات غير الأليفة بأنواعها المختلفة كالوحوش

والزواحف والطيور فهى لا مالك لها ما دامت حرة طليقة ،فاذا تمت حيازة حيوان منها تملكه الحائز ،أما اذا اعتقل احدها ثم أطلق عاد لا مالك له اذا لم يتبعه المالك فورا ،أو اذا كف عن تتبعه .
واذا روضت هذه الحيوانات وألفت الرجوع الى المكان المخصص لها كالحمام فى الأبراج ، فانها تبقى ملكا لمن استولى عليها ، اما اذا فقدت هذه العادة ولم تعد ترجع الى الأبراج فانها تعود طليقة لا مالك لها ويجوز لأى شخص تملكها بالاستيلاء .

الاستيلاء على المنقولات التى كانت مملوكة من قبل :

ويدخل فى ذلك الأشياء المتروكة ، الكنز ، الأشياء الضائعة أو اللقطة .

بالنسبة للأشياء المتروكة ،هى التى يتخلى عنها أصحابها بنية النزول عن ملكيتها ، فتصير سائبة ، كالملابس البالية والأوراق المهملة ومخلفات القمامة ، وما يتم القاؤه من نقود أو حلوى فى مناسبات الأفراح .

الترك كما يتضح يتكون من عنصرين : مادى وهو التخلى عن

حيازة الشيء ، ومعنوى وهو توافر نية التخلى عن ملكيته ،لــــذا فان مثل هذه المنقولات تصبح بلا مالك ويجوز الاستيلاء عليها .

الكنز :

الكنز هو الشيء المدفون الذى لا يستطيع أحد أن يثبــت ملكيته . أى أن الكنز يجب أن يكون مدفونا اما أن كان ملقى عــلى الأرض فلا يعد كنزا بل يدخل فى حكم الأشياء الضائعة أو اللقطــة ، والدفن سواء بباطن الأرض أو حائط يعنى أننا بصدد منقــول منفصل عن الأرض لذا يختلف الكنز عن المعادن والأحجار الموجودة بالأرض حيث تعد جزءا منها وذلك كالحديد والنحاس والذهــب والجرانيت والبترول ..

والكنز هو الذى لا يستطاع اثبات ملكيته ،فاذا تم التوصــل الى أنه مملوك لشخص معين استرده حتى ولو كان صاحبه قد خبأه خوفا عليه . لذا يصعب القول بأن الكنز لا مالك لها ، بل انــه مملوك الا أن هذا المالك غير معروف .

وطبقا للمادة ١١٢٠ : اذا وجد كنز فى أرض مملوكة لشخــص

معين فان كان جاهليا يكون لمالك الأرض وعليه الخمس للدولة ، وان اسلاميا فهو لمالكه ان عرف ، وان لم يعرف مالكه وادعى مالك الأرض ملكيته فهو لمالك الأرض ، والا فهو لقطة تراعى فيه أحكامها

فالقاعدة العامة هى أن الكنز يكون لمالكه اذا عرف هذا المالك ، والا فهو لصاحب الأرض التى وجد بها ، فان كان الكنز جاهليا أى يرجع الى ما قبل الاسلام استحقت الدولة خمسه ويكون الباقى لمالك الأرض دون حاجة الى أن يدعى ملكيته للكنز .

أما ان كان الكنز الاسلامى فيكون ملكا خالصا لمالك الأرض ان ادعى ملكيته له ، فان لم يدع ذلك ، اعتبر لقطة وطبقت عليه أحكامها .

الركاز :

طبقا للمادة ١١١٩ اذا وجد فى أرض مملوكة لشخص معين معدن ذهب أو فضة أو حديد أو نحاس أو نحوه من الجوامد فانه يكون ملكا لصاحب الأرض ، واذا كانت المنفعة لشخص والرقبة لشخص آخر فلمالك الرقبة ، وعليه الخمس للدولة ، وللدولة وحدها حق

التنقيب عن المعادن وتعويض مالك الأرض تعويضا عادلا ، وما يعثر عليه بعد التنقيب يكون لها ، ولا يجوز للأفراد ذلك الا بترخيص من الدولة أو فيما جرى به عرف .

مؤدى ذلك أن كل المعادن والجوامد التى يعثر عليها دون تنقيب تكون من حق مالك الأرض أو مالك الرقبة ، وعليه الخمس للدولة .

أما التنقيب عن هذه الأشياء فهو من حق الدولة وحدها ولا يجوز للأفراد ذلك الا بترخيص منها أو فيما جرى به عرف ، وما يعثر عليه بعد التنقيب يكون للدولة ، ويجب تعويض مالك الأرض تعويضا عادلا .

اللقطة :

تعرف المادة ١١٢١ اللقطة بأنها الشئ الضائع من الغير يلتقط لحفظه لمالكه لا لتملكه .

فاللقطة هى المنقول الضائع الذى يفقده صاحبه فيعثر عليه شخص آخر ويلتقطه . وتختلف اللقطة عن الشئ المتروك فى أن

الأخير يتخلى صاحبه عن ملكيته ، أما الشيء الضائع فلم يتخل عنه صاحبه ويظل مالكا له رغم فقده حيازته ،لذا لا يجوز الاستيلاء عليه وينبغي على من يعثر عليه أن يرده الى صاحبه . وتختلف اللقطة عن الكنز في أن الكنز يكون مدفونا أو مخبوءا ، الا أن كل منهما يكون مملوكا لشخص غير معروف .

وطبقا للمادة ١١٢١ يعتبر في حكم اللقطة الحيوان الضال وتسري عليه أحكامها .والمقصود هنا الحيوان المستأنس .وطبقا للمذكرة الايضاحية فان الابل لا تضل أبدا ، ولذا فمن يأخذها يعتبر غاصبا مطلقا وذلك مهما كان قصده . واللقيط الطفل ، ليس لقطة لأنه انسان وليس شيء .

تبين المادة ١١٢٤ حكم اللقطة بقولها : اللقطة أمانة في يد ملتقطها الى أن يعلم أن صاحبها لا يطلبها ،أو أنها تفسد ان بقيت فيكون له التصرف فيها وفقا للأحكام التي يقررها القانون.

وللملتقط الحق في بيع اللقطة اذا خشى فسادها اذا كانت من الأشياء التي تفسد بمرور الوقت ،وينبغي عليه الاحتفاظ بقيمتها

أى بالثمن الذى تم بيعها به (م١١٢٧) ،وذلك لحين معرفة صاحبها .

واذا وقع اليأس ــ رغم الاعلان الكافى عنها ــ من التعرف على صاحب اللقطة أو عودته تم التصرف فيها لفقير أو لمصلحة بمعرفة الملتقط (١١٢٥) .

أى أن الملتقط يعتبر أمينا وحارسا للقطة الى أن يردها الى صاحبها ، لذا تقع عليه مسئولية فى الحفظ والتصرف ،لذا تشترط المادة ١١٢٢ أربعة شروط فى الالتقاط هى :

١ ــ أن يكون الملتقط مميزا .

٢ ــ أن يلتقط ما خشى فواته ولو فى بيت مالكه اذا ظن فواته أو التبس عليه ذلك .

٣ ــ ان يلتقط من موضع ضياع يجهله مالكه .

٤ ــ أن يلتقط بنية رده الى مالكه ان كان يعلمه أو للتعريف به حتى يوجد مالكه .

واذا فقد الالتقاط شرطا من الشروط الثلاثة الأخيرة ،

اعتبر الملتقط غاصبا ويضمن اللقطة ضمان غصب لمالك الشيء ان عرف أو للمصالح ان لم يعرف مالكه . مثال ذلك من يلتقط شيء لا يخشى فواته أو ضياعه ، أو يلتقط شيء من موضع يعرف مالكه ، أو الملتقط الذى لا تتوافر لديه نية رد الشيء .

أما اذا كان الملتقط غير مميز كالصغير أو المجنون فلا يتحمل مسئولية اللقط ولا تجب عليه تصرفاته .

وتوجب المادة ١١٢٥ التعريف باللقطة اذا كانت قيمتها عند الالتقاط مما لا يتسامح بمثله ، واذا كان لا يخشى من الاعلان عنها ان يستولى عليها ظالم ، وكانت من الأشياء التى لا يتسارع اليها الفساد .

وعلى هذا فان التعريف باللقطة يكون غير واجب فى غير الحالات السابقة ،فاذا كانت اللقطة قليلة الأهمية ومما يتسامح فى مثله لا يلزم التعريف بها بل يمكن التصرف فيها والتصدق بثمنها ، أما اذا كانت من الأشياء التى يخشى فسادها فانه يتم بيعها والاحتفاظ بالثمن ثم التصدق به فى حالة اليأس من معرفة

صاحبها • ونفس الحكم اذا كانت هناك خشية من وجود ظالم يدعى ملكيتها فى حالة الاعلان عنها •

ويكون التعريف باللقطة فى مكان يتوقع الملتقط وجود مالكها فيه أو باحدى وسائل الاعلام العامة لمدة سنة يكون بعدها اليأس من عودة صاحبها أو معرفته فتصرف لفقير أو لمصلحة بمعرفة الملتقط •

واذا قصر الملتقط فى التعريف باللقطة على النحو السابق فانه يضمن ضمان غصب لمالكها ان عرف أو للمصالح ان لم يعرف المالك • (م ١١٢٦) •

والأصل أن الملتقط يكون متبرعا بما ينفقه على اللقطة الا اذا أمره القاضى بالانفاق فيكون له الرجوع بما انفق وله حبس اللقطة حتى يأخذ النفقة • فان تلفت بعد الحبس سقطت النفقة واذا كان للقطة أجر أجرها الملتقط باذن القاضى للانفاق عليها من الأجرة • ويجوز للقاضى أن يأمر ببيعها وحفظ ثمنها تبعا للمصلحة (م ١١٢٨) •

واذا ظهر من يدعى ملكية اللقطة فان الملتقط لا يلتزم

بدفعها اليه الا اذا قدم ما يثبت ملكيته لها ببينة شرعية أو اذا بين له علامة مطابقة لما هو موجود باللقطة ،ويكفى أن يصدقه الملتقط حتى ولو لم يقدم بينة أو علامة (م ١١٢٩) .

واذا ضاعت اللقطة ثم وجدها فى يد غيره فليس له حق المطالبة بها ،أما اذا اغتصبها مغتصب فله حق استردادها منه (م ١١٣٠) .

الباب الثانى

احيـــاء الأرض المـــوات

تعريف الأرض الموات:

طبقا للمادة ١١٣٢ يمني : الأرض الموات هى الأرض المباحة للكافة وهى التى لم يملكها أحد ولا تحجرها أحـــد ، ولا تعلق بها حق عام أو خاص طبقا لما هو منصوص عليه فى هـذا القانون ،وقانون المرافق العامة والخاصة .

وتعرفها المادة ١٢٧٠ من مجلة الأحكام العدلية بأنهـا الأرض التى ليست ملكا لأحد ولا هى مرعى ولا محتطبا لقصبـة أو لقرية وهى بعيدة عن أقصى العمران بمعنى أن صدى جهـــير الصوت لا يسمع من أقصى الدور التى فى طرف تلك القصبة أو القرية .

وتضيف المادة ١٢٧١ من نفس المجلة على أن الأرض القريبة من العمران تترك للأهالى مرعى وبيدرا ومحتطبا ويقال لهـــا الأراضى المتروكة .

يؤخذ مما سبق أن الأرض الموات هى تلك التى تتوافر فيها الشروط الآتية :

أولا — هى الأرض التى لا تكون مملوكة لأحد أو تم تحجيرها بواسطة انسان ما ، ولا يتعلق بها أى حق من الحقوق العامة أو الخاصة ، فهى أرض مباحة .

ثانيا — وهى أرض موات بمعنى أنه لا توجد بها آثار زرع أو عمران مع قابليتها لذلك . فلو وجدت بها تلك الآثار لدل ذلك على تعلق حق من الحقوق بها .

ثالثا — هى الأرض البعيدة عن العمران ، اذ أن الأرض القريبة من العمران غالبا ما تكون مملوكة أو متروكة لتكون مرعى أو محتطبا لأهل القرية .

المقصود باحياء الأرض الموات :

يكون الأحياء للأرض باعدادها للانتفاع بها بأحد أمور هى الحرث والبذر أو امتداد الكرم ، أو ازالة الشجر النابت خلفه ، وتنقيتها من الحشائش ، أو اتخاذ حائط أو خندق عميق للغدير

من ثلاث جهات ، أو بناء اياكان ، أو بحفر من معدن ونحو ذلك (م ١١٣٧) .

يضع النص قاعدة عامة لاحياء الأرض هي اعدادها للانتفاع بها ، وقد أورد النص الأمور التي يمكن بها اعداد الأرض لذلك ، ولا شك أن تلك الأمور وردت على سبيل المثال لا الحصر ، حيث توجد الكثير من الأمور الحديثة التي تجعل الأرض صالحة للانتفاع بها ولم يذكرها النص مثل آلات رفع المياه ونظام الري بالرش أو التنقيط والمولدات الكهربائية . ولا يهم نوع الانتفاع اذ يمكن أن يتمثل في الزراعة أو المباني أو الرياضة ، أو التجارب العلمية .

شروط التملك بالأحياء :

يستلزم القانون لتملك الأرض باحيائها عدة شروط هي :

أولا — أن يكون من قام بالاحياء مسلما :

وتعبر عن ذلك المادة ١١٣٢ بقولها : "يجوز للمسلم احياء أو تحجير الأرض الموات . . " . فالنص يقصر ذلك الحق على المسلمين ولو لم يكن الشخص يمنيا ، بل يمكن أن يكون مسلما أجنبيا

ويحظر ذلك على اليمنى غير المسلم كاليهودى أو المسيحى ٠ولا توجد حكمة واضحة من وراء ذلك ،الا اذا قلنا مع البعض ان احياء الأرض الموات نظام اسلامى ومن ثم يقتصر كسب الملكية به فى أرض الاسلام على المسلمين ٠ مع أن الحديث الشريف جاءت صيغته عامة "من أحيا أرضا ميتة فهى له"٠

ثانيا ــ أن تكون الأرض المراد احياؤها غير مملوكة لأحد ولم يحجرها أحد ، ولا يتعلق بها حق عام أو خاص، ولا تكون مخصصة لخدمة أحد المرافق ٠

ثالثا ــ صدور اذن بالاحياء :

الأصل العام انه لا يشترط حصول المسلم على اذن لأحياء الأرض الموات المباحة ،الا أن القانون تطلب صدور هذا الاذن ، بالنسبة للأرض التى لم يتعين ذو الحق فيها ٠

تنص المادة ١١٣٣ على أنه يجوز باذن رئيس الدولة بعد عرض الحكومة احياء الأرض التى لم يتعين ذو الحق فيها فى الأحوال الآتية :

١ ـ اذا كان ذو الحق مجهولا •

٢ ـ اذا كان ذوو الحق غير منحصرين •

٣ ـ اذا تحجر الأرض متحجر ولم يحيها ومضى على ذلك ثلاث سنوات •

فى الحالات الثلاث نوجد بصدد أرض لا يتعلق بها حق للغير ، الا أنها ليست خالية تماما ، فهناك شبهة وجود الحق ، لذا لزم الاذن للقيام باحيائها ، ويبدو ذلك اذا كان صاحب الحق غير معلوم أو يصعب تحديده ، أو كان مجرد شخص قام بالتحجير دون أن يمضى فى احياء الأرض بل تركها معطلة •

وهنا ينبغى أن يكون محددا حيث قيدته المادة بألا يتجاوز الاحياء فى البناء قدر عرضة البيت ومرافقه بما لا يزيد على عشر لبن (٤٥٠ متر مربع تقريبا) وفى الزراعة بمقدار ما يحصل من الفوائد التى تكفى المحتاج وأسرته ممن تلزمه نفقتهم من الدخل الى الدخل بشرط احيائه وللمصالح بقدر ما تحتاجه •

أى أن الاذن بالاحياء ينبغى أن يكون بقدر الحاجة أى

فى حدود الضرورة ، فالمشرع أهدر الحق المحتمل لشخص علـــى الأرض المعطلة لتحقيق مصلحة حالة وضرورية ، ومن ثم يقتصـــر الاذن على القدر من الأرض اللازم للسكنى والقدر اللازم للزراعـــة التى تكفى لسد حاجة الأسرة من المحصول الى المحصول ، وبالنسبة للمصالح يقتصر الاذن على القدر الذى تحتاجه فعلا .

ويحظر الاحياء أو الاذن به اذا كان ذو الحق معينـــا أو كان أهل الحق فيه محددين ، اذا تنص المادة ١١٣٤ على أنه "اذا كان ذو الحق معينا فلا يجوز احياء الأرض الا باذنه ، نحـــو محتطب القرية ومرافقها ومرعاها ، وبطن الوادى الذى أهل الحق فيه منحصرون".

رابعا : ألا يكون ذلك فى حمى :

تنص المادة ١٠٦٨ على أن الأراضى الموات التى لا يملكها أحد ملكية خاصة ، ولا ظهر عليها أحياء قديم مباحة ويجوز تملكها ملكيـــة خاصة بالاحياء طبقا لما ينص عليه القانون ، ولا يجوز الاحياء فـــى حريم العين والبئر والمسيل والشجر والدار الا لمالكها وحريم كل

شيء مما ذكر بحسبه ، طبقا لنص المادة ١١٣٥ أو طبقا للمتعارف عليه .

وتفصل المادة ١١٣٥ الأمور بقولها : لحمى البلد والبيوت والآبار والأشجار حرمة ، فلا يجوز لأحد تحجرها أو احياؤها الا باذن مالكها أو ذى الحق فيها .

وحمى البلد هو مداخلها ومخارجها ومحتطبها ومرعاها .

وحمى الدار هو ما يرتفق به أهلها فى اقامتهم بها .

وحمى البئر هو مرافقها المعتادة وما يسع واردها لشرب أو سقى ويضر احداث شيء فيه واردها أو ماءها .

وحمى الشجرة ما تحتاج له فى سقيها ومد جذورها وفروعها ، ويضر احداث شيء فيه ثمارها .

وتراعى الأعراف فى كل ما تقدم .

يتضح مما سبق أنه يحظر احياء الأرض الداخلة فى نطاق الحمى الا باذن صاحب الحق ويقصد بالحمى الحرم أو الأرض الملحقة أو المكملة للبلد أو البيت أو البئر أو الشجر كما هو محدد فى النص .

خامسا — يجب أن يكون الاحياء بقدر الحاجة :

يشترط بالنسبة للأشخاص الطبيعيين أن لا يزيد ما يملكه الفرد بطريق الاحياء على ما يلزم له ولأفراد أسرته ممن تلزمه نفقتهم (م ١١٣٨) ، وتحدد المادة ١١٣٣ السابق عرضها هذا القدر أى نطاق الاحياء بقولها : لا يتجاوز الاحياء فى البناء قدر عرضة البيت ومرافقه بما لا يزيد على عشر لبن وفى الزراعة بمقدار ما يحصل من الفوائد التى تكفى المحتاج وأسرته ممن تلزمه نفقتهم من الدخل الى الدخل بشرط احيائه وللمصالح بقدر ما تحتاجه " .

أى أنه فى حالة صدور اذن بالاحياء فان الاذن يصدر مقيدا بهذا القدر المسموح احياؤه ، وفى غير حالة الاذن فان المسلم لا يحيى من الأرض الا فى حدود حاجته الموضحة أى يتقيد بذلك من تلقاء نفسه ، وفى حالة التجاوز فانه يجوز للجهة الادارية ولكل ذى مصلحة أن يطلب انقاص الأحياء الى القدر المسموح به .

وهذا التحديد يرد أيضا على المصالح أى الدولة والأشخاص المعنوية كالشركات والجمعيات والمؤسسات والهيئات . حيث يجوز

لها احياء الأرض الموات دون التقيد بحد أقصى الا أن المقدار الذى يسمح لها باحيائه يتحدد على ضوء الغرض الذى تستهدفه وفى حدود حاجتها لتحقيق هذا الغرض.

كسب الملكية بالاحياء :

طبقا للمادة ١١٣٨ كل من أحيا أرضا يجوز احياؤها طبقا لما هو منصوص عليه فى القانون ، يتملكها سواء فى ذلك الدولة أو غيرها من الأشخاص.

وتنص المادة ١١٣٦ على أنه يعتبر فى الاحياء والتحجر قصد الفعل لا قصد التملك ، فيترتب عليه آثاره بمجرد حدوثه.

مؤدى ذلك أنه يجوز تملك الأرض ملكية خاصة بالاحياء ، فالاحياء يعد سببا من أسباب كسب الملكية ، الا أنه يلزم أن تتوافر فى الاحياء الشروط القانونية السابقة.

والعبرة فى الاحياء هى بالفعل أى بالركن المادى فيه ولا يكفى مجرد نية التملك لكسب ملكية الأرض ، بل ان نية التملك

لا تلزم لترتيب آثار الاحياء فى كسب الملكية ، فهذا الأثر يرتبط بالفعل ارتباط السبب بالنتيجة ، ولكن تلزم نية الاحياء ، أى أن يقوم المسلم بالأعمال بقصد احياء الأرض، وعلى هذا فان الاحياء يؤدى الى كسب الملكية تلقائيا حتى ولو لم يهدف من قام بالاحياء الى ذلك .

ويرتب الاحياء أثره فى كسب الملكية فى حق من يقوم به بنفسه أو بمن يستأجره أو يشترك معه أو يوكله فى ذلك (م ١١٤٠) ، فكل من الأجير والوكيل والمشارك لا يتوافر لديه قصد الاحياء لحسابه بل لحساب الأصيل .

ويؤدى الاحياء الى كسب الملكية سواء أكان من قام به الدولة أو الشخص الطبيعى أو الشخص المعنوى .

وتنص المادة ١١٣٩ على أنه لا يبطل الملك بعودة الأرض الى ما كانت عليه قبل الاحياء ، ولو احياها بعد ذلك غيره ، فهى لمن احياها أولا .

أى أن الاحياء يرتب كسب الملكية ودخول الحق فى ذمة

صاحبه ، ونصبح بصدد حق ملكية بالمعنى الكامل • ومن خصائص هذا الحق الدوام ، فالملكية لا تسقط بعدم الاستعمال ، وعلى هذا فان ملكية الأرض المكتسبة بالاحياء لا تزول عن صاحبها حتى لو تخربت وعادت أرض موات من جديد ، وليس لشخص أن يقوم باحيائها وتملكها لتعلق حق الغير بها •

التحجر :

تبين المادة ١١٤١ طريقة التحجر بقولها يكون التحجر بضرب الاعلام فى الجوانب ، اما بنصب أحجار متفرقة ، أو باتخاذ خندق غير عميق ، أو ربط أغصان الشجر بعضها الى بعض •

وتعلق المذكرة الايضاحية على النص بقولها : ان المقصود بالتحجر هو القيام بما يمنع الناس عن الدخول فى الأرض المحجرة ، بما ذكره النص من وسائل ، كوضع علامات لتحديدها ، أو حفر خندق حولها ، أو عمل سور من الأغصان اليابسة ، ونحو ذلك ، ولذا يصح فى التحجير اقامة سور من الأسلاك أو من أى مادة تفيد فى تحديد الأرض وتنبىء بوجود يد عليها •

والتحجير لا يرد الا على الأرض الموات التى لا مالك لها وهو فى هذا يتفق مع الاحياء ، الا أنه ليس احياء للأرض بل خطـــوة أولية للقيام به . لذا فان التحجير لا يفيد ملك الأرض المحجـرة . فمن يقوم بتحجير أرض لا يتملكها ، وانما يكون له الحق فى أمرين :

الأول : منع الغير من تحجيرها الا باذنه ، وهذا الاذن لا يكون بمقابل بل ينبغى أن يكون بلا عوض ، وان اشترط عوضـــا فانه لا يستحقه .

الثانى : الانتفاع بالأرض المحجرة وما فيها من أشجـــار أو نبات .

والتحجير حالة مؤقتة ، فهو لا يؤدى الى الملك ، لـــذا يستمر حق المتحجر ثلاث سنوات اذا مضت دون احياء الأرض التى تحجرها بطل حقه ، ولا يجوز له أو لغيره تحجرها بعـــد ذلك الا باذن الدولة طبقا لما سبق ذكره بصدد شروط الاحياء (م ١١٤٣) .

مؤدى ذلك أن القانون يعطى من يقوم بالتحجير مهلـــة

ثلاث سنوات من تاريخ القيام يقوم خلالها باحياء الأرض، ويسقط حق المحجر اذا مضت المدة دون القيام باحياء الأرض المحجرة ، والهدف من ذلك هو منع احتكار الأرض وحجبها عمن يكون أجدر باحيائها .

الا أن الأرض بعد مرور تلك المهلة لا يمكن تقرير مصيرها الا باذن من رئيس الدولة بعد عرض الأمر عليه من قبل الجهة المعنية ، حيث يمكن أن يتقدم أى مسلم ليطلب الاذن له باحياء الأرض .

ولكن يظل حق المتحجر قائما على الأرض خلال مدة الثلاث سنوات ومن ثم لا يجوز للغير أن يقوم باحيائها خلال هذه الفترة ، والا اعتبر غاصبا ، ولا يؤثر ذلك فى حق المتحجر (م ١١٤٤) .

الباب الثالث

الميراث

يعد الميراث سببا من أسباب كسب الملكية وبعض الحقوق العينية الأخرى كحق الارتفاق وحق القرار ، أما حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى فانها تنتهى بوفاة صاحبها .
فالميراث يؤدى الى نقل الملكية من ذمة المتوفى الى ذمة الورثة .

ولا شك أن دراسة الميراث تتعلق بأحكام الشريعة الاسلامية وترتبط بالقوانين الصادرة فى هذا الشأن ، لذا فاننا سوف نقتصر هنا على بعض الأحكام التى تتعلق بمبادئ القانون المدنى المصرى المستمدة من أحكام الشريعة .

والقاعدة الجوهرية فى هذا الصدد هى أن أحكام الشريعة الاسلامية هى التى تطبق على جميع مسائل المواريث ، ويدخل فى ذلك : تعيين الورثة وتحديد نصيب كل منهم ، وكيفية انتقال الأنصبة اليهم .

وقد ثار الخلاف بمناسبة تطبيق القاعدة الشرعية التى تقضى بأنه لا تركه الا بعد سداد الديون حول تحديد وقت انتقال التركة الى الورثة، ومدى حقوق دائنى التركة قبل الوارث.

وقت انتقال التركة الى الورثة :

يجمع الفقه الاسلامى على أنه ينبغى استيفاء الدين والوصية قبل توزيع التركة، أى أن كل من الدين والوصية يتقدمان على حق الوراث. الا أن الخلاف ثار حول تحديد الوقت الذى تنتقل فيه التركة الى الوارث، هل تنتقل التركة الى الورثة مثقلة بما عليها من ديون بمجرد الوفاة؟ أم هل يكون الانتقال بعد وفاء الديون؟

يرى الفقه المالكى أن التركة لا تنتقل الى الورثة بمجرد الوفاه وانما يتحقق ذلك بعد سداد الديون، فالدين يمنع انتقال التركة الى الوارث حيث لا ميراث الا بعد سداد الدين ومن ثم لا ملك للورثة الا بعد أدائه.

ويرى الفقه الحنفى أن التركة تبقى على حكم ملك المورث بعد وفاته، الى أن يتم قضاء الديون، ولا يكون للورثة أى حق عليها

الا بعد وفاء الديون فاذا كانت التركة مستغرقة [illegible]
كلها على حكم ملك المتوفى حتى سداد ديونه ، و [illegible]
بالدين ، بقى على حكم ملك المتوفى [illegible] ما [illegible] كل [illegible]
وانتقل ما يزيد عنه الى وارثه .

وعند الشافعية والحنابلة أن التركة [illegible]
الوفاة سواء أكانت مستغرقة بالدين أم لم تكن [illegible]
الدين بها .

وهذا هو الرأى الراجح حيث أن ال[illegible]
للتركة لا يمنع انتقالها لورثة المدين عند مو[illegible]
أن ايراد التركة ونتاجها يكون حقا خالصا للور[illegible]
حق الدائنين ، وانما يتعلق حقهم بالأصل [illegible]

وتلك هى النتيجة العملية للخلاف [illegible]
الآخر وهو ان التركة لا تنتقل الى الورثة [illegible]
الانتهاء من الديون فان ذلك معناه ان ما [illegible]
من حق الدائنين .

وانتقال التركة الى الورثة ليس معناه مسئوليتهم عن ديونها بل ان التركة منفصلة شرعا عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة ، وللدائنين عليها حق عينى تبعى ،بمعنى أنهم يتقاضون منها ديونهم قبل أن يؤول شئ منها للورثة وبصرف النظر عن نصيب كل منهم فيها .

تصرف الورثة فى التركة قبل سداد الديون :

اختلفت المذاهب الفقهية فى حكم تصرف الورثة فى التركة قبل سداد الديون ومرجع الخلاف هو الرغبة فى حماية دائنى التركة . ويمكن اجمال هذا الخلاف فى اتجاهين :

الأول : يرى بطلان تصرف الوارث فى التركة قبل سداد الدين لأن التركة تنتقل اليه مثقلة بهذا الدين ، فلا يجوز تصرفه لتعلق حق الدائن بها ، ولو كانت التركة غير مستغرقة بالدين ، ولا يرفع البطلان الوفاء بالدين بعد ابرام التصرف .

الثانى : يرى صحة التصرف فى مال التركة مادام لا يمس حق الدائن ،أى يكون التصرف صحيحا فيما زاد عما يكفى لقضاء الدين ،

بأن بقى فى التركة ما يفى بالدين أو تم قضاء الدين فعلا من ثمن ما تم التصرف فيه ، أى أنه يمكن القول بأن التصرف صحيح بين أطرافه الا أنه لا يكون نافذا فى حق الورثة الا بعد استيفاء مالهم من ديون من أموال التركة .

وترتيبا على ذلك حكم بأن الوارث يملك شرعا ما يكون مورثه قد تركه من أموال وقت الوفاة . والقول بأن لا تركة الا بعد سداد الدين لا يقصد به أن التركة تبقى معلقة لا مالك لها حتى تدفع ديون المورث كلها ، انما معناه أن الوارث يظل ملزما بدين مورثه بنسبة ما أخذه من التركة .

حماية دائنى التركة :

نظم القانون المصرى طريقان لحماية دائنى التركة وتمكينها لهم عن استيفاء حقوقهم من اموالها .

الأول : الاجراءات الفردية حيث يقوم كل دائن باستيفاء حقه من أموال التركة .

الثانى : التصفية الجماعية التى يقوم بها المصفى وحده

ويترتب عليها المساواة بين الدائنين حيث يمتنع على أى منهم اتخاذ اجراءات فردية ،ويمتنع على الورثة التصرف فى أى مال من أموال التركة ٠

ويقوم المصفى بحصر أموال التركة وحصر ماعليها من ديون ، ويتم الوفاء بها من تلك الأموال ويوزع ما تبقى على الورثة بعد تنفيذ الوصايا ٠

ويترك أمر اللجوء الى التصفية الجماعية لمشيئة المورث أولا ، ولرغبة ذوى الشأن ثانيا ،ولتقدير القاضى أخيرا ، أى أن تصفية التركة من خلال تعيين مصف لها أمر اختيارى لذوى الشأن والقاضى فلكل ذى شأن أن يطلب هذه التصفية اذا اراد ، وللقاضى أن يجيب الطلب ، وله أن يرفضه اذا رأى أن التركة ليست فى حاجة الى تصفية منظمة ، اما لانعدام الديون أو لتفاهتها أو لتفاهة التركة نفسها ٠

" ويقصد بالتصفية الجماعية ان المصفى وحده هو الذى يمثل التركة ،فلايجوز للدائن اتخاذ أى اجراء الا فى مواجهته ،

ولا يجوز للوارث أن يتصرف في مال التركة قبل تصفيتها . فترتفع بذلك يد الدائن والورثة عن التركة ، ويمتنع اتخاذ أي اجراءات فردية حتى تتم التصفية ، وبهذا تتحقق المساواة الفعلية بين الدائنين كما هو الأمر في الافلاس التجاري ، وتنتقل أموال التركة الى الورثة خالية من الديون ، فيتحقق المبدأ القاضي بالا تركة الا بعد سداد الديون على وجه عملي ، ويستطيع الورثة أن يتصرفوا في هذه الأموال للغير دون أن يخشى الغير ظهور دائن للتركة ينازعه ، فيستقر بذلك التعامل في الأموال الموروثة .

" أي أن الاجراءات التي نظمها القانون تكفل حماية المصالح المختلفة ، فهي تكفل حماية مصلحة الورثة ، فكثيرا ما يختلفون على تصفية التركة أو يهملون في ذلك ، ويترتب على اختلافهم أو اهمالهم أكبر الضرر ، اما بعد وجود اجراءات جماعية منظمة للتصفية فقد امتنع الخلاف أو الاهمال . وهي تكفل حماية مصلحة من يتعامل مع الورثة ، بجعلهم يطمئنون الى هذا التعامل ويأمنون أن يرجع عليهم الدائنون ، وهي تكفل مصلحة دائني التركة بجعل التصفية جماعية لا يفضل فيها دائن على آخر دون

مبرر قانونى ،هذا الى أن السبيل قد مهد للوارث اذ أراد افراز حصته فى الميراث ، كما أن المورث قد أعطى حق قسمة تركته قبـــل موته ، وهو أمر تفرضه الظروف على رب الأسرة فى أحوال كثيرة " .

مراحل التصفية الجماعية :

تتمثل مراحل التصفية الجماعية للتركة فيما يلى :

أولا ــ تعيين المصفى :

قد يقوم المورث نفسه بتعيين وصى للتركة ،هنا يسرى عـلى وصى التركة ما يسرى على المصفى من أحكام . فى هذه الحالة يجـب أن يقر القاضى هذا التعيين ،وتكون ارادة المورث قد اتجهت الى التصفية الجماعية ويجب على القاضى أن يقرها وليس لأى من الورثة أو الدائنين الاعتراض عليها .

واذا لم يعين المورث وصيا لتركته وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصف لها . عينت المحكمة اذا رأت موجبا لذلك ،مـــن يجمع الورثة على اختياره ، فان لم يجمع الورثة على أحد تولى القاضى اختيار المصفى ، على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثـــة ،

وذلك بعد سماع أقوال الشهود .

وللقاضي أيضا ، اذا طلب اليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب ، عزل المصفى واستبدال غيره به ، متى وجدت أسباب تبرر ذلك .

ويجب على كاتب المحكمة أن يقيد يوما فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصفين ، وتثبيت أوصياء التركة فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر بالعزل وبكل ما يقع من تنازل .

ويترتب على هذا القيد – لا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى أن يتخذ الدائنون أى اجراء على التركة ، كما لا يجوز لهم أن يستمروا فى أى اجراء اتخذوه الا فى مواجهة المصفى . ٢ – كل توزيع فتح ضد المورث ، ولم تقفل قائمته النهائية يجب وقفه حتى تتم تسوية جميع ديون التركة متى طلب ذلك أحد ذوى الشأن .

ثانيا ـ جرد التركة :

يبدأ المصفى باتخاذ بعض الاجراءات الأولية قبل القيام بجرد التركة ٠

يتسلم المصفى أموال التركة بمجرد تعيينه ويتولى تصفيتها برقابة المحكمة ٠ وليس أن يطلب منها اجرا عادلا على قيامه بمهمته ٠ وتتحمل التركة نفقات التصفية ، ويكون لهذه النفقات حق امتياز المصروفات القضائية ٠

يقوم المصفى فى الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه بما يناسب حالته ، ويستصدر امرا من قاضى الأمور الوقتية بصرف نفقة كافية بالقدر المقبول من مال التركة الى من كان المورث يعولهم من ورثته حتى تنتهى التصفية وتخصم النفقة التى يستولى عليها كل وارث من نصيبه فى الارث ٠ ويفصل قاضى الأمور الوقتية فى كل منازعة تتعلق بهذه النفقة ٠

يجب على المصفى أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظية ، ويقوم بكل ما يلزم التركة من أعمال

الادارة كتأجير العقارات وجنى المحصول واستيفاء ديون التركة ٠

ويكون المصفى ولو لم يكن مأجورا مسئولا مسئولية الوكيل المأجور ، وهو يبذل فى مهمته عناية الرجل المعتاد ، ويلتزم بتقديم حساب عن ادارته فى مواعيد دورية ٠

وعلى المحكمة أن تتخذ عند الاقتضاء جميع ما يجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة ، وذلك بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو بناء على طلب النيابة العامة أو دون طلب ما ولها بوجه خاص أن تأمر بوضع الأختام ، وايداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة ٠

على المصفى أن يوجه تكليفا لدائنى التركة ومدينها يدعوهم فيها لأن يقدموا بيانا بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، وذلك خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف آخر مرة ٠

ويتم نشر هذا التكليف فى صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار ، ولصقه على الباب الرئيس لمقر العمدة فى

المدينة أو القرية التى توجد بها أعيان التركة أو على الباب الرئيسى لمركز البوليس فى المدن التى يقع فى دائرتها هذه الأعيان .

يقوم المصفى بجرد التركة أى حصر كل الحقوق والديون وذلك طبقا للبيانات التى يدلى بها الدائنون والمدينون وما تكشف عنه أوراق المورث وما هو ثابت فى السجلات العامة من حقوق وديون وما يصل الى علمه عنها من أى طريق كان ، وعلى الورثة ابلاغ المصفى عما يعلمونه من ديون على التركة وحقوق لها .

ويعاقب بعقوبة التبديد كل من يستولى غشا على شىء من أموال التركة . ويقوم المصفى باعداد قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير لقيمة أموال التركة . وله أن يستعين فى ذلك بخبير أو بمن يكون له فى ذلك دراية خاصة .

على المصفى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال ، وعليه أيضا أن يخطر بكتاب موصى عليه فى الميعاد المتقدم كل ذى شأن بحصول هذا الايداع . ويجوز أن

يطلب الى القاضى مد هذا الميعاد اذا وجدت ظروف تبرر ذلك ٠

يستطيع ذوو الشأن الاعتراض على قائمة الجرد خلال الثلاثين يوما التالية للاخطار بايداع القائمة ٠ وذلك كأن ينازع دائن فى قيمة حقه أو مدين فى صحة دينه أو وارث يدل على أعيان للتركة لم تثبت وكان يجب اثباتها ، أو ديون اثبتت وكان يجب اغفالها ٠ وتجرى المحكمة تحقيقا فاذا رأت أن الشكوى جدية أصدرت أمرا بقبولها ٠

ثالثا ــ تسديد ديون التركة :

يقوم المصفى بوفاء ديون التركة ، مما يحصله من حقوقها ، وما تشتمل عليه من نقود ومن ثمن ما يكون قد باعه بسعر السوق ، من أوراق مالية ومن ثمن ما فى التركة من منقول فان لم يكن كل ذلك كافيا فمن ثمن ما فى التركة من عقار ٠

وتباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزار العلنى وفقا للأوضاع وفى المواعيد المنصوص عليها فى البيوع الجبرية ، الا اذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى أو على أن يتم ممارسة ،

فاذا كانت التركة معسرة لزمت أيضا موافقة جميع الدائنين ، وللورثة في جميع الأحوال الحق في أن يدخلوا في المزاد .

بعد تدبير المال اللازم يبدأ المصفى في تسوية ديون التركة .

فاذا كانت التركة معسرة فان جميع الديون المؤجلة تصبح واجبة السداد ، ويقوم المصفى بتقسيم اموال التركة على جميع الدائنين قسمة غرماء كل بنسبة ماله من حق . ويجب على المصفى أن يقف تسوية أى دين ولو لم يقم فى شأنه نزاع ، حتى يفصل نهائيا فى جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة .

أما اذا كانت التركة موسرة ، فان المصفى يقوم بسداد الديون الحالة الغير متنازع فيها ، أما الديون محل النزاع فيتأخر الوفاء بها الى ما بعد الفصل نهائيا فى النزاع .

وبالنسبة للديون المؤجلة الاستحقاق فتبقى على آجالها ، هذا ما لم ير الورثة تعجيل الوفاء بها ، لهذا يجوز للمحكمة بناء على طلب جميع الورثة أن تحكم بحلول الدين المؤجل وبتعيين

المبلغ الذى يستحقه الدائن ، هذا مراعاة القواعد التى تنظم الوفاء بالقرض قبل حلول أجله ·

واذا لم يتفق الورثة جميعا على حلول الديون المؤجلة فآثر البعض أن تبقى هذه الديون موجلة للاستفادة من الأجل ، تولت المحكمة توزيع هذه الديون على الورثة ، مراعية فى ذلك انه اذا طرح ما يختص به منها كل وارث مما أعطى من أموال التركة كان الباقى معادلا لصافى حصته فى الارث ، وهذه عملية حسابية دقيقة قد تستعين فيها المحكمة بخبير ·

رابعا ـ تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف:

يتولى المصفى بعد تسوية ديون التركة تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف : كالضريبة على التركات ·

والوصية تأتى فى الترتيب بعد ديون التركة ، الا أنها تنفذ قبل الارث لأنها مقدمة عليه ·

خامسا – تسليم بقية أموال التركة الى الورثة وقسمتها :

بعد تنفيذ التزامات التركة ، يؤول ما بقى من أموالها الى الورثة ، كل بحسب نصيبه الشرعى ويقوم المصفى بتسليم الورثة ما آل اليهم من أموال التركة .

وتسلم المحكمة المختصة بنظر التصفية الى الوارث شهادة تقرر حقه فى الارث ، وتبين مقدار نصيبه منه ، وتعين ما آل اليه من أموال التركة ، وتعتبر هذه الشهادة بمثابة سند الوارث فى انتقال ملكية المال الموروث اليه .

ويجوز للورثة بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد ، المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء والنقود التى لا يحتاج اليها فى تصفية التركة أو أن يتسلموا بعضا منها ، وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها .

والأصل أن المصفى يسلم الورثة ما تبقى من أموال التركة شائعا فيما بينهم ، الا أن لكل وارث الحق فى أن يطلب من المصفى أن يسلمه نصيبه فى الارث مفرزا الا اذا كان هذا الوارث

ملزما بالبقاء فى الشيوع بناء على اتفاق أو نص فى القانون .

ويجرى المصفى القسمة بطريقة ودية ،ولكن هذه القسمة لا تصبح نهائية الا بعد أن يقرها الورثة بالاجماع ،واذا لم يتوافر الاجماع تم اللجوء الى القسمة القضائية ،حيث يرفع المصفى الدعوى التى يسرى عليها أحكام دعوى القسمة ، وتخضع لنفس القواعد المقررة فى القسمة .وتستنزل نفقات الدعوى من انصباء المتقاسمين .

فقد يكون فى التركة أوراق وأشياء تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث كملابسه ومذكراته ،اذا لم يتفق الورثة على قسمة هذه الأشياء أمرت المحكمة اما ببيع هذه الأشياء أو باعطائها لأحد الورثة مع استنزال قيمتها من نصيبه فى الميراث أو دون استنزال ، ويراعى فى ذلك ماجرى عليه العرف وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية .

واذا كان بين أموال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة اذا كان أقدرهم على الاضطلاع به ، وثمن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته ويستنزل من نصيب الوارث

فى التركة فاذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل .

وأخيرا فانه اذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة ، فان باقى الورثة لا يضمنون له المدين اذا هو أعسر بعد القسمة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

قسمة المورث :

قد يقوم الشخص قبل وفاته بقسمة تركته بين الورثة تجنبا للخلافات فيما بينهم ، وهنا تكون بصدد وصية بقسمة أعيان التركة أى قسمة مضافة الى ما بعد الموت .

لذا ينص القانون على أنه تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو بعض الورثة قدر نصيبه ، فان زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية .

ويجوز الرجوع فى القسمة المضافة الى ما بعد الموت ، الا أنها تصبح لازمة بوفاة الموصى .

واذا لم تشمل القسمةجميع أموال المورث وقت وفاته فـان الأموال التى لم تدخل فى القسمة تؤول شائعة الى الورثة طبقا لقواعد الرسول ٠

واذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا فى القسمة فان الحصة المفرزة التى وقعت فى نصيب الوارث المتوفى تؤول شائعة لبقية الورثة بنسبة حصة كل منهم فـى الميراث ٠

واذا لم تشمل القسمة ديون التركة ،أو شملتها ولكن لم يوافق الدائنون على القسمة ،جاز عند عدم تسوية الديون بالاتفاق مـع الدائنين ،ان يطلب أى وارث قسمة التركة على أن تراعى بقـدر الامكان القسمة التى أوصى بها المورث والاعتبارات التى بنيـت عليها ٠

الباب الرابع

التصرف الشرعى

يعتبر التصرف الشرعى سببا من أسباب كسب الملكية ،ويتمثل التصرف الشرعى فى كل من الوصية والعقد .

ونظرا لأن كل منهما لا يدخل فى نطاق دراستنا هذا العام فاننا نكتفى بذكر بعض المبادىء العامة فى هذا الصدد .

أولا

الوصية

الوصية هى تصرف فى التركة مضاف الى ما بعد الموت ،ويترتب عليها نقل ملكية مال معين على سبيل التبرع الى الموصى له بعد وفاة الموصى .

وتعتبر الوصية سبب من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع الذى يمكن الايصاء به لأشخاص متعاقبين اذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، كما

يجوز للحمل المستكن ،ونفس الشيء بالنسبة لحق الاستعمال والسكنى والقرار والارتفاق .

وأحكام الوصية مستمدة بالكامل من مبادىء الشريعة الاسلامية فى كل من القانونين المصرى واليمنى ،لذا سنقتصر على دراسة بعض الأحكام الواردة فى التشريع المصرى التى تتعلق بالوصية كسبب من أسباب كسب الملكية .

وقت انتقال الملكية :

لا ترتب الوصية أثرها فى نقل الملكية الابعد وفاة الموصى ، فهى تصرف غيرلازم له ويحق له الرجوع عنها كلها أو بعضها صراحة أو دلالة .

وتتم الوصية بالارادة المنفردة للموصى وحده ، ولا يلزم قبول الموصى له لانعقادها ، غير أن هذا القبول يؤدى الى لزوم الوصية ، حيث تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى .

وتثبت ملكية المال الموصى به للموصى له من وقت موت

الموصى ،فاذا كان الموصى له موجودا عند موت الموصى استحق الموصى به من حين الموت ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق فى وقت معين بعد الموت ٠

ويشترط القانون المصرى تسجيل الوصية بعد وفاة الموصى وذلك حتى ترتب أثرها فى نقل الملكية أو انشاء الحق العينى الأصلى على العقار الى الموصى له ،ويرتب التسجيل هذا الأثر سواء فى مواجهة الورثة أو فى مواجهة الغير ٠

وبدون التسجيل فان ملكية العقار الموصى به لا تنتقل الى الموصى له بل تظل على ملك الورثة الى حين اجراء التسجيل ، ويقتصر أثر الوصية غير المسجلة على الزام الورثة بنقل ملكية العقار الى الموصى اله ٠

الوصية المستترة :

القاعدة أن الوصية حق للموصى فى حدود ثلث التركة ، ولكن الموصى يلجأ أحيانا الى التحايل على هذا الحكم عن طريق اعطاء الوصية وصفا آخر ، مما يؤدى الى الاضرار بحقوق الورثة ٠

وحماية للورثة من هذا التحايل على قواعد الميراث، أقام القانون قرينتين بمقتضاهما يأخذ التصرف حكم الوصية .

الأولى ــ التصرف فى مرض الموت :

يعتبر التصرف الصادر من شخص على سبيل التبرع وهو فى مرض الموت ، تصرفا مضافا الى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف .

ويترتب على اعتبار التصرف وصية انه لا يكون نافذا فى مواجهة الورثة الا فى حدود ثلث التركة ، الا اذا أجازوه .

ويجب لاعمال هذه القرينة شرطان :

١ ــ يجب أن يصدر التصرف فى مرض الموت أى المرض الذى اعقبته الوفاة ، ويقع عبء اثبات ذلك على الورثة بكافة طرق الاثبات .

٢ ــ يجب أن يكون التصرف على سبيل التبرع ، وذلك أيا كان المسمى المعطى لهذا التصرف . ويقيم القانون قرينة على أن كل تصرف صادر فى مرض الموت يعتبر على سبيل التبرع ، ما لم

يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك ، أى يثبت انه قد دفع عوضا للمورث .

واذا ثبت وجود عوض ولكنه تضمن محاباة ، كالبيع باقل من ثمن المثل ، فان هذا القدر المحابى به هو الذى يعتبر وصية لانه من قبيل التبرع .

وقد طبق المشرع على عقد البيع بقوله انه اذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت البيع ، فان البيع يسرى فى حق الورثة اذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلا فيها البيع ذاته . أما اذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة ، فان المبيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى فى حق الورثة الا اذا أقروه أو رد المشترى للتركة ما يفى بتكملة الثلثين .

الثانية ـ التصرف مع الاحتفاظ بحيازة العين :

اذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر

التصرف مضافا الى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية مالم يقم دليل يخالف ذلك .

ويشترط لاعمال هذه القرينة أن يكون التصرف لوارث ، أما اذا كان التصرف لغير الوارث فلا تقوم القرينة . ويجب أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين بأية طريقة وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته وذلك كأن يشترط المتصرف لنفسه حق الانتفاع بالعين أو استئجارها مدى الحياة .

يعتبر التصرف فى هذه الحالة وصية مستترة اعمالا للقرينة السابقة ، الا اننا بصدد قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس ، كأن يثبت أنه دفع ثمنا أو أن حيازة المتصرف كانت لحسابه كوكيلا عنه . أما اذا عجز عن هذا الاثبات فان التصرف يعتبر وصية ولا ينفذ فى حق الورثة الا فى حدود الثلث ، الا اذا أجازوه .

ثانيا
العقد

يعتبر العقد سببا لكسب الملكية والحقوق العينية الأصلية ،

حيث تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار بالعقد متى وردت على محل مملوك للمتصرف .

القاعدة اذن ان الملكية تنتقل بمجرد العقد . ويبدو ذلك واضحا فى حالة المنقول المعين بالذات ، أما اذا كان المنقول معينا بالنوع فان ملكيته لا تنتقل الا بالافراز .

اذا ورد التزام بنقل حق عينى على شىء لم يعين الا بنوعه فلا ينتقل الحق الا بافراز هذا الشىء . فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شىء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشىء من غير اخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض .

وتنص المادة ٤٩٨ من القانون المدنى اليمنى على أنه اذا كان نقل الملكية الى المشترى يتوقف على تنظيم كتسجيل أو قيد فان البائع يكون ملزما بالقيام بما يقتضيه ذلك حتى يتم نقل الملكية الى المشترى .

ويقضى القانون المصرى بأنه فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ،سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير الا اذا روعيت الأحكام المبنية فى قانون تنظيم الشهر العقارى .

وينص هذا القانون على أن جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ،ويدخل فى هذه التصرفات الوقت والوصية .

وعلى هذا فان العقد الذى ينشىء حقا فى الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى أو الارتفاق أو القرار على عقار ينبغى تسجيله حتى يرتب آثاره .ونفس الحكم بالنسبة للعقد الذى ينقل الملكية أو غيرها من الحقوق العينية الاصلية الأخرى كعقد البيع والهبة والمقايضة والشركة اذا ورد على عقار .

الباب الخامس

الالتصاق

تعريف وتقسيم:

الالتصاق هو اندماج شيئين متميزين مملوكين لمالكين مختلفين دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج ، يؤدى اندماج أحد الشيئين فى الآخر الى أن يصبح كلاهما شيئا واحدا ويتعذر الفصل بينهما دون تلفه ، ويترتب على ذلك بالضرورة اسناد ملكية الشىء كاملا بعد الاندماج الى أحد المالكين .وعلى هذا فالاندماج كواقعة مادية يكون سببا لكسب الملكية ،وهو سبب قائم بذاته يفيد كسب مالك الشىء الأصلى للشىء الذى التصق به .

يتضح من ذلك أن الالتصاق كسب لكسب الملكية له عدة مقومات:

١ ــ ان يقع اندماج أو اتحاد بين شيئين ماديين متميزين فلا يوجد التصاق حيث يجرى على شىء اصلاح أو تحسين لأن الاصلاحات أو التحسينات لا تعتبر شيئا متميزا عن الشىء ، ثم

لا تسرى عليها أحكام الالتصاق بل تطبق قواعد المصروفات أى رد ما يصرف على ملك الغير .

كذلك الثمار والمنتجات ، فهى ليست متميزة عن الشىء بل هى جزء منه وتعد من ملحقاته حيث تتولد عنه ، لذا تطبق عليها أحكام الثمار والمنتجات وليس الالتصاق .

٢ - أن يكون الشيئان مملوكين - عند التصاقهما - لشخصين مختلفين ، فاذا كان الشيئان مملوكين لنفس المالك كمن يقيم بناء على أرضه بماله ، فان الملكية تكون كاملة له دون حاجة الى الحديث عن الالتصاق .

٣ - عدم وجود اتفاق بين المالكين على الالتصاق ، أى أن الاندماج بين الشيئين يتم دون رضاء أحد المالكين أو كلاهما . واذا وجد اتفاق سابق على الاندماج كالمقاولة ، طبقت أحكامه دون أحكام الالتصاق .

٤ - ان يتحد الشيئان على نحو يتعذر الفصل بينهما دون تلف ، فلا يتحق ذلك فى حالة الكنز أو المنقولات المخصصة لخدمة

عقار (العقار بالتخصيص) ولا تطبق أحكام الالتصاق ، حيث أننا بصدد أشياء يمكن فصلها عن الأرض.

٥ ـ أن نوجد بصدد شيئين أحدهما أكبر أهمية من الآخر ، أى شىء أصلى وشيىء تابع ، ويترتب على الاندماج أن يصبح مالك الشىء الأصلى مالكا للشىء التابع الذى اندمج به هذا مع تعويض مالك الشىء التابع عن فقد ملكيته .

ويحدث الالتصاق فى حالتين :

١ ـ التصاق منقول بعقار .

٢ ـ التصاق منقول بمنقول .

وفى الحالة الأولى اما أن يكون التصاق المنقول بالعقار طبيعيا ، أى تدخل يد الانسان كما هو شأن التصاق الطمى بالأرض بفعل المياه ، واما أن يكون التصاقا صناعيا بفعل الانسان كما فى حالة اقامة المنشآت على الأرض.

وعلى هذا نقسم دراستنا الى فصول ثلاثة :

الفصل الأول : الالتصاق الطبيعى بالعقار

الفصل الثانى : الالتصاق الصناعى بالعقار

الفصل الثالث: التصاق المنقول بالمنقول

الفصل الأول

الالتصاق الطبيعي بالعقار

لعل طبيعة البيئة اليمنية كانت الدافع وراء عدم تنظيم القانون المدني اليمني لهذه الصورة من صور الالتصاق وذلك لندرة حدوثها ، لذا نكتفي بمجرد عرض المبدأ العام لها في القانون المصري .

يحدث الالتصاق الطبيعي بفعل الطبيعة ودون تدخل الانسان .ويتحقق ذلك في حالة زيادة مساحة الأرض بسبب التعديلات التي تحدثها المياه بها ، سواء أكانت مياه البحر أو مياه النهر الراكدة في البحيرات والبرك .

طمي النهر :

الأرض التي تتكون من طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين .

يملك مالك الأرض الملاصقة للنهر الأرض التي تتكون مما

يرسبه النهر من طمى ،وتتحقق الملكية هنا نتيجة الالتصاق الذى يحدث بفعل الطبيعة ، حيث يترسب الطمى بطريقة تدريجية غير محسوسة على جانبى النهر ما يسبب زيادة فى مساحة الأراضى الواقعة على ضفتيه ،وتمتد ملكية أصحاب هذه الأراضى الى هذه الزيادة .

طرح النهر وأكله :

" ان النهر ، فى أوقات فيضانه الشديد ، قد يحول جزءا من الأرض عن مكانه الى مكان آخر ، فى نفس الضفة أو فى الضفة المقابلة ، وقد ينكشف النهر عن أرض كانت جزءا من مجراه ،ويغمر أرضا أخرى فتتحول مجرى له ،وقد يكون الطمى فى وسط مجراه جزرا ترتفع عن أعلى منسوب المياه ، فتظهر أرضا فى وسط الماء الذى يحيطها من جميع الجهات . وقد تتكون هذه الجزر عن طريق تحويل النهر أرضا من مكانها والقذف بها فى وسط المجرى ، فتعلو على منسوب المياه وتصبح جزرا فى مجرى النهر . وهذه العمليات جميعا ــ تحويل الأرض من مكانها والانكشاف عنها

وتكوين الجزر تتضمن ظهور أرض جديدة فى مكان لم تكن فيه ، وهذا ما يسمى بطرح النهر ، واختفاء أرض عن المكان الذى كانت فيه من قبل وهذا ما يسمى بأكل النهر".

وتخضع ملكية الأراضى التى يحولها النهر أو ينكشف عنها ، والجزائر التى تتكون فى مجراه لأحكام القوانين الخاصة بها .

وقد اعتبر المشرع أراضى طرح النهر وهى الأراضى الواقعة بين جسرى نهر النيل وفرعيه التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التى تتكون فى مجراه من الأراضى المملوكة ملكية خالصة للدولة ، وتتولى الهيئة العامة للاصلاح الزراعى تأجير هذه الأراضى والتصرف فيها .

الأرض التى ينكشف عنها البحر والمياه الراكدة والبحيرات والبرك:

الأرض التى ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة .

ولا يجوز التعدى على أرض البحر الا اذا كان ذلك لاعادة حدود الملك الذى طغى عليه البحر .

وعلى هذا فان الدولة تمتلك الزيادة الحاصلة بفعل البحر فى الأراضى المجاورة له، وتنشأ هذه الزيادة نتيجة انحسار مياه البحر عن جزء من الأرض.

واذا طغت مياه البحر على الأراضى المجاورة وغمرتها بالمياه فان ذلك لا يفقد أصحاب هذه الأراضى ملكيتها بل يستبقون ملكيتهم لها، ويحق لهم أن يعملوا لاعادة حدود الملك الذى طغى عليه البحر.

وفيما عدا ذلك فانه لا يجوز التعدى على أرض البحر ولا على شواطئه لأنها من الأملاك العامة للدولة.

ونفس الحكم بالنسبة لأراضى البرك والبحيرات حيث أن ملاك الأراضى الملاصقة للمياه الراكدة كمياه البحيرات والبرك لا يملكون ما تنكشف عنه هذه المياه من أراض، ولا تزول عنهم ملكية ما تطغى عليه هذه المياه.

والمقصود هو البحيرات والبرك المملوكة للدولة، ومن ثم فان الالتصاق بفعل المياه الراكدة كالبحيرات والبرك يكون

بانكشاف هذا المياه عن أرض كانت قد طغت عليها من قبل فترجع لصاحبها ، أما اذا انكشفت عن أرض لم تكن مملوكة لأحد فان هذه الأرض تكون ملكا للدولة .

الفصل الثاني

الالتصاق الصناعي بالعقار

تعريف:

يتحقق الالتصاق الصناعي بفعل الانسان وتدخله حيث يندمج المنقول بالعقار على نحو يتعذر الفصل بينهما دون تلف ويبدو ذلك فى حالة اقامة البناء أو الغراس أو المنشآت على الأرض بمواد غير مملوكة لصاحب الأرض.

القاعدة فى هذه الحالة أن مالك الأرض هو الذى يمتلك ما التصق بها من منقول مع حق مالك هذا المنقول فى الحصول على تعويض.

قرينة الملكية :

تنص المادة ١٢٠٣ يمنى على أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض، وانه اقامه على نفقته فيكون مملوكا له ، ما لم يثبت غير ذلك بدليل شرعى .

يبين النص الحكم العام فى ملكية ما يكون على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى ، فان الظاهر هو كونها من عمل صاحب الأرض وأنه أقامها على نفقته فتكون بذلك مملوكة له ، ومن ثم فوجود البناء أو الغراس أو غير ذلك ملتصقا بالأرض قرينة على ملكية مالك الأرض لما التصق بأرضه . وهى قرينة تقبل اثبات العكس من مدعيه ، فان اثبت حكم له وان اخفق رفضت دعواه .

فيجوز أن يقام الدليل على أن اجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته ، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل ، أو خوله الحق فى اقامة هذه المنشآت وتملكها .

حيث يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن يكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها وما تحتها ، اذ يجوز بالاتفاق تملك ما فوق السطح أو ما تحته مستقلا عن السطح ، ولا يعتبر هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام . . ويعتبر حق القرار وحق التعلى من ضروب ملكية ما فوق السطح .

هنا يتم اعمال قواعد الاتفاق على العلاقة بين مالك الأرض وصاحب المنشآت ،ولا مجال لاعمال حكم الالتصاق كسبب لكسب الملكية .

حالات الالتصاق بسبب البناء أو الغراس:

يقيم القانون قرينة على أن كل ما على الأرض أو تحتها من منشآت من عمل مالك الأرض اقامه على نفقته ،وعلى هذا فان كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يكون مملوكا لصاحبها ، وهذه القرينة بسيطة تقبل اثبات العكس.

أى أن عبء الاثبات أصبح على من يدعى ملكية بناء أو غراس أو منشآت أخرى والأرض ليست له . فاذا أقام الدليل على أن صاحب الأرض هو غير صاحب المنشآت ، فلا تخلو الحال من أحد فروض ثلاثة : اما أن يكون صاحب الأرض هو البانى بأدوات غيره . واما أن يكون صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره . واما أن يكون البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره .

فى هذه الصور الثلاث جميعا يملك صاحب الأرض المنشآت

بالالتصاق ، سواء كان هو الذى بنى بمواد غيره فى أرضه ، أو كان الباني أجنبيا قد بنى فى أرضه بمواد مملوكة للأجنبى أو مملوكة لشخص ثالث .

وفى جميع الأحوال يجب على صاحب الأرض فى مقابل تملك المنشآت ان يعوض صاحبها طبقا للأحكام الواردة فى القانون ، وهى أحكام تقوم على مبدأ الاثراء بلا سبب .

وقبل التعرض لتلك الصور الثلاث فى المباحث التالية ، ينبغى علينا تحديد نطاق تطبيقها من خلال استعراض الشروط العامة المشتركة بينها .

المبحث الأول

نطاق تطبيق الالتصاق الصناعي بالعقـــار

يلزم لتطبيق قواعد الالتصاق على المنشآت المقامة على أرض الغير عدة شروط :

أولا ــ وجود منشآت دائمة :

تطبق أحكام الالتصاق على حالات البناء والغراس والمنشآت المقامة على أرض الغير ، أي أننا بصدد انشاءات جديدة تضـاف الى ملك المالك ، لها كيان متميز وتقوم بذاتها ويمكن نزعهـــا اذا أريد ذلك . ويستوى أن تكون منشآت جديدة منفصلة عن غيرها أو اضافة الى منشآت قائمة كتكملة غراس قائم أو بناء طابق جديد فوق منزل أو اضافة جناح له .

أما الاصلاحات والتحسينات وأعمال الحفظ والصيانة كالترميم والطلاء وتقوية الأساسات أو استصلاح الأرض وحفر قناة أو مصـرف بها ، فكل ذلك لا يخضع لقواعد الالتصاق بل يطبق بشأنه القواعد الخاصة بالمصروفات .

ويلزم أن تكون المنشآت دائمة ، حيث تنص المادة ٢٠٦ على أن الخيام الصغيرة والأكشاك والصناديق ونحوها التي يقيمها أصحابها على أراضي الغير دون أن يكون مقصود أبقاؤها على الدوام فانها تكون ملكا لاصحابها الذين أقاموها ، والأرض لصاحبها ولا تبقى هذه المنشآت المؤقتة فيها الا باذنه أو رضاه ويكون له أن يطلب ازالتها في أي وقت .

فهذه المنشآت الصغيرة والمؤقتة لا يكتسبها مالك الأرض بالالتصاق بل تبقى ملكا لمن أقامها ، ويستطيع نزعها - بغض النظر عن حسن أو سوء نيته - بشرط أن يعيد الأرض الى حالتها . ويحق لصاحب الأرض طلب ازالتها مع التعويض عما يكون قد أصابه من ضرر بسببها .

ثانيا - أن يكون من أقام المنشآت غير مالك للأرض :

يلزم لتطبيق قواعد التملك بالالتصاق أن يكون من أقام المنشآت غير مالك للأرض . وعلى هذا تسرى تلك القواعد على الحائز العرضى أو الحائز للأرض بنية تملكها ، سواء أكان سيئ

النية أو حسن النية يجهل أن سند حيازته معيب ،ومن ثم تطبق قواعد الالتصاق فى الفروض التالية :

ــ اذا أقام المنتفع بناء على الأرض بعد الحصول على موافقة مالك الرقبة ، عومل معاملة البانى حسن النية ، وبدون هذه الموافقة فانه يعد سيء النية لأن حق الانتفاع لا يخول صاحبه سوى الانتفاع بالشيء بحالته .

ــ المالك الذى يبنى فى أرضه ثم تزول ملكيته بأثر رجعى بسبب ابطال سند الملكية أو فسخه ، يعامل معاملة البانى حسن النية الا اذا كان يعلم بسبب الابطال أو الفسخ فيعد سيء النية ونفس الحكم بالنسبة لمن تزول ملكيته بسبب تحقق الشرط الفاسخ ، فهو حسن النية الا اذا تحقق الشرط الفاسخ بخطأ منه .

ــ اذا أقام البائع منشآت فى الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع ، اعتبر سيء النية وتطبق عليه أحكام الالتصاق . فهو بالرغم من أن الأرض كانت لا تزال ملكا له وقت البناء الا أنه ليس له الحق فى اقامتها لالتزامه بتسليمها بالحالة التى كانت عليها وقت البيع .

وعلى العكس مما سبق فلا تطبق قواعد الالتصاق على كل من :

ـ الهانى المشترى للأرض بعقد غير مسجل ، فهو بالرغم من أنه لا يعتبر مالكا لأن الملكية لا تنتقل اليه الا بالتسجيل ، الا أن عقد البيع الابتدائى يعطيه الحق فى تسلم الأرض المبيعة والانتفاع بها بكافة وجوه الانتفاع ومن ذلك حق البناء عليها ويصبح البناء ملكا له .

ـ البناء الذى يقيمه الشريك فى الأرض الشائعة لا يعتبر من قبيل البناء فى ملك الغير ولا تطبق عليه قواعد الالتصاق بل يخضع لقواعد ادارة المال الشائع ، فالشريك ليس له الحق فى اقامة منشآت على الأرض الشائعة الا بموافقة أغلبية الشركاء ، فان أقروها أصبحت ملكا للجميع مع التزامهم بتحمل نفقاتها كل بنسبة حصته ، وان رفضوها كان لهم طلب ازالتها .

ثالثا ـ ان تقام المنشآت لحساب من أقامها :

يجب أن يكون من أقام المنشآت قد أقامها لحساب نفسه ، مؤدى ذلك أن قواعد التملك بالالتصاق لا تطبق فى الحالات التى

يقيم فيها الشخص البناء لحساب المالك ٠

فاذا قام الفضولى بالبناء فى أرض لرب العمل ،وجب تطبيق أحكام الفضالة اذا توافرت شروطها ٠ أى وجب على رب العمل أن يرد للفضولى النفقات والتعويضات وان ينفذ التعهدات التى عقدها ٠

واذا قام الوكيل بالبناء فى أرض الموكل فانه لا يعمل لحساب نفسه بل لحساب الموكل حتى ولو تجاوز حدود سلطته ، هنا تطبق أحكام الوكالة وليست قواعد الالتصاق ٠

رابعا ـ عدم وجود اتفاق مخالف لقواعد الالتصاق :

تعد أحكام الالتصاق ذات طبيعة مكملة لأنها لا تتعلق بالنظام العام ، ومن ثم يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ،بل انها لا تطبق الا فى حالة عدم وجود اتفاق مخالف ، فاذا وجد اتفاق صريح أو ضمنى بين من أقام المنشآت وصاحب الأرض بشأن هذه المنشآت وجب اعمال هذا الاتفاق واستبعاد قواعد الالتصاق ٠

فالقانون يجيز اقامة الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى اقامة هذه المنشآت وتملكها، وملكية صاحب الأرض لما عليها أو تحتها من بناء أو اغراس أو منشآت أخرى تعد قرينة قابلة لاثبات العكس، فلا يجوز التحدى بتواجد الالتصاق عند وجود اتفاق يخالف هذه القرينة .

واذا اذن المالك الغير باقامة منشآت بأرضه، فان كان هناك اتفاق طبق ما اتفقوا عليه لأن المؤمنين عند شروطهم ٠ واذا لم يوجد اتفاق فليس لصاحب الأرض الذى اذن باقامة ما أقيم على أرضه أن يطلب ازالته، وانما يكون له الخيار بين أن يمتلك ما أقيم على أرضه باذنه مقابل تعويض البانى بما انفق أو بما زاد فى قيمة الأرض بسبب ما أقيم عليها أو أن يملك الأرض لصاحب المواد الذى اذن له بوضعها فى الأرض مقابل تعويض عادل وهو ثمن المثل للأرض زمانا ومكانا (م ١٢٠٤) ٠

ويؤكد نص المادة ١٢٠٥ أهمية وجود الاتفاق مرة أخرى بقوله اذا ملك صاحب الأرض غيره بناء أو غراسا أو منشآت أخرى

قائمة فى الأرض دون الأرض ، فان الغير يتملكها وتبقى الأرض ملكا لصاحبها .

ومن أمثلة تلك الحالات ترخيص مالك الرقبة لصاحب حق الانتفاع البناء على الأرض أو الغراس فيها ، أو ترخيص المالك المعير للمستعير بنفس الشىء . هنا تطبق أحكام الالتصاق بحسن نية اذا لم يوجد اتفاق مخالف بين الأطراف .

خامسا — عدم وجود أحكام قانونية خاصة :

قد يعمد المشرع الى وضع قواعد خاصة تسرى فى شأن بعض حالات اقامة المنشآت على أرض الغير ، هنا تطبق هذه القواعد ويستبعد اعمال أحكام الالتصاق . ومن أمثلة الحالات التى وضع لها قواعد خاصة :

١ — الايجار : حيث تنص المادة ٧٠٥ على أنه اذا أوجد المستأجر فى العين المؤجرة تحسينات مما يزيد فى قيمة العين المؤجرة ، فان كان ذلك بموافقة المؤجر بأن يدفع له عند انتهاء الايجار ما أنفقه فيها ، وان كان بدون موافقة المؤجر خير بين أن

يطلب من المستأجر ازالتها مع التعويض عن الضرر الذى أصاب العين من ازالتها ان كان لذلك مقتض ، أو بين ان يبقيها فى مقابل الغرامة المعتادة فى مثلها وهى قيمتها غير مستحقة البقاء بواسطة عدلين وللمحكمة أن تمهل المؤجر للوفاء بما عليه ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك .

٢ ـ المغارسة : حيث تنص المادة ٧٣٥ على أن ما وضع بتعد من غرس أو بناء أو نحوهما وجب على واضعه ازالته وتسليم أو رش الأرض ـ لما لحق بها من ضرر بسبب القلع والازالة ، ما لم يرغب مالك الأرض فى بقاء الغروس أو البناء أو نحوهما . فعليه تسليم قيمة الغروس أو الانقاض قائمة ليس لها حق البقاء ، وعلى الواضع تعديا أجرة الأرض بما يقدره عدلان وارش جناية ما أحدثه .

يبين النص حكم ما وضع فى الأرض بتعد من الغارس أو الباني أو نحوهما فحكمه حكم الغاصب فيجب على الغارس أو الباني ازالة غرسه أو بنائه ، وتعويض مالك الأرض عما أصابها من ضرر بسبب القلع أو الازالة ، ما لم يختر المالك بقاء الغراس أو البناء أو نحوهما فيلزم بقيمتها قائمة ليس لها حق البقاء وعلى الغارس أو البانى

أجرة الأرض بما يقدره عدلان عن المدة التى بقى فيها غراسه أو بناؤه قبل اختيار المالك وكذا عليه ارش جناية ما حدث •

٣ ـ الشفعة : تنص المادة ١١٨٩ على أنه اذا عزم المشترى لنماء العين المشفوعة لا لبقائها ، وكان ذلك باذنه قبل الطلب والعلم به فله الخيار بين أن يبقى النماء للشفيع ويرجع عليه بالزيادة غرسا أو بناء أوزرعا قائما لاحق له فى البقاء الا بالاجرة أو يرفعه ويزيله ، ويرجع على الشفيع بارش ما نقص منه ، وللمشترى خيار ثالث اذا كان للنماء حد ينتهى اليه هو أن يبقيه لنفسه باجرة المثل من يوم التسليم بالشفعة بالتراضى أو من يوم الحكم بها الى يوم الحصاد

٤ ـ حق القرار : تنص المادة ١٢٢٩ على أنه عند انتهاء حق القرار تطبق على المبانى والمنشآت والغراس الأحكام الخاصة بذلك فى باب الاجازة فى الفصل الخاص بالمزارعة •

يبين حكم البناء أو الغراس الموجود بالأرض عند انتهاء حق القرار فان صاحب هذا الحق قد يكون متعديا أو مقصرا أولا يكون وهل تكفى المدة المقررة لحق القرار لاكتمال صلاح الغراس وأداء

ثمره أم لاتكفى وكذلك الحال بالنسبة لنوع البناء الذى يقيمه مراعيا فى ذلك مدة القرار ومن ثم فقد نصت المادة على أن تطبق فى شأنه أحكام المادتين ٧٣٤ و ٧٣٥ اللتين تتعلقان بالمغارسة .

ملحوظة هامة :

ان المشرع اليمنى وان كان قد أفرد لتلك الفروض (ايجار ، مغارسة ، قرار ، شفعة) احكاما خاصة فى حالة اقامة المنشآت على الأرض من قبل المستأجر أو صاحب حق الغراس أو القرار ، أو الشفيع الا أنه من الملاحظ أن تلك الأحكام لا تختلف عن المبادئ العامة للالتصاق بل هى تأكيد لها وسوف نستهدى بتلك النصوص الخاصة لاستنباط المبادئ المذكورة .

هذا بخلاف المشرع المصرى الذى وضع قواعد خاصة بالفروض السابقة خرج فيها عن المباحث العامة فى الالتصاق .

المبحث الثاني

اقامة صاحب الأرض المنشآت بمواد الغير

لم يتضمن القانون اليمني نصا يواجه فيه هذا الفرض، لذا سنحاول الاسترشاد بحكم المبادئ العامة في هذا الصدد .

يتمثل الفرض في قيام مالك الأرض بالبناء أو الغراس في أرضه مستخدما في ذلك مواد مملوكة للغير دون موافقته ، فهل يمتلك هذه المواد بالالتصاق ؟

تقتضي الاجابة على هذا السؤال التفرقة بين ما اذا كان من الممكن نزع المواد والأدوات التي أقيمت بها المنشآت دون ضرر جسيم أم لا .

الفرض الأول

امكانية نزع المواد دون ضرر جسيم

اذا أقام المالك المنشآت على أرضه بمواد مملوكة للغير وكان من الممكن نزع هذه المواد دون أن يلحق المنشآت ضرر جسيم ،وكذلك دون أن يسبب خسارة جسيمة لمالك الأرض، فان

هذه الأدوات تظل على ملك صاحبها ولا يتملكها صاحب الأرض بالالتصاق بمجرد ادماجها فى الأرض.

ويحق لصاحب المواد أن يطلب نزعها من الأرض أو البناء ، وتكون نفقات نزع هذه المواد على صاحب الأرض الذى يلتزم أيضا بتعويض صاحب الأدوات ان كان لهذا التعويض مقتضى .

ويكون التعويض استنادا الى خطأ المالك فى التعدى على ملك الغير وحرمانه صاحبه منه ومن ثم تطبق أحكام المسئولية التقصيرية ، ويشمل التعويض ما أصاب المواد من نقص أى الفرق بين قيمتها قبل استخدامها فى المنشآت وقيمتها بعد نزعها ، هذا بالاضافة الى الخسارة التى أصابت المالك بسبب حرمانه من استغلال تلك المواد فترة اغتصاب مالك الأرض لها .

ومن أمثلة الأدوات التى يمكن نزعها دون ضرر جسيم الأبواب والشبابيك ، وبعض أدوات الزينة التى تلصق بالبناء .

وينطبق الحكم السابق من باب أولى اذا كنا بصدد منقول وضع فى الأرض أو البناء دون أن يكون من أدوات البناء نفسها ،

مثال ذلك وضع تمثال أو أثر ثمين على واجهة المبنى أو بداخلـه ، هنا يحق لصاحب التمثال أو الأثر نزعه فى أى وقت ولا يستطيـع المالك تملكه بالالتصاق مطلقا .

الفرض الثانى

عدم امكانية نزع المواد دون ضرر جسيم

اذا كان من شأن نزع المواد الحاق ضرر جسيم بالمنشآت ، فان صاحب الأرض يتملك هذه المواد بحكم الالتصاق ، ومثال ذلك مواد البناء الطوب والأسمنت والجير والرمال هذا بالاضافة الـى البلاط والدهان ، حيث تندمج هذه المواد فى الأرض وتصبح عقارا بطبيعته .

ويترتب على تملك صاحب الأرض للمواد والأدوات التزامـه بتعويض صاحبها فعليه أن يدفع له قيمتها ، وتقدر هذه القيمـة وقت انتقال ملكيتها لصاحب الأرض ، أى وقت ادماجها فى الأرض واتحادها بها .

هذا بالاضافة الى تعويض صاحب الأدوات عما أصابه مـن

ضرر بسبب عدم استرداده لها أو بسبب التأخير الذى أصابه في استبدال غيرها أو ارتفاع أسعار المواد الجديدة .

ولا يشترط لاستحقاق التعويض أن يكون صاحب الأرض قد ادمج الأدوات فى الأرض بطريق الغش أو التدليس ، بل يكفى أن يكون هناك خطأ فى جانبه ولو لم يصل الى حد الغش والتدليس .

ولا شك أن التعويض يزيد فى حالة ما اذا كان صاحب الأرض سيئ النية يعلم أن الأدوات غير مملوكة له عما اذا كان حسن النية يعتقد أن الأدوات مملوكة له .

ومتى تملك صاحب الأرض الأدوات والمواد بالالتصاق ، فانه لا يفقد ملكيتها الا بسبب جديد من أسباب كسب الملكية ، ولا يجوز لصاحب الأدوات أن يطلب استرداد المواد اذا تهدم البناء رغما عن صاحب الأرض .

المبحث الثالث

اقامة صاحب الأدوات البناء فى أرض الغير

يواجه هذا الفرض حالة الشخص الذى يبنى بمواد يملكها أو يغرس فى أرض ليست ملكاً له وانما لغيره.

القاعدة فى هذا الشأن أن مالك الأرض يصبح مالكا للمنشآت التى يقيمها الغير بمواد أو أدوات مملوكة له ، ويتم كسب الملكية هنا عن طريق الالتصاق ، مقابل تعويض صاحب المنشآت .

ويورد المشرع على هذه القاعدة استثناءا يجوز بمقتضاه تمليك الأرض لمالك الأدوات أو المواد التى أقيمت بها فى المادة ١٢٠٤ .

ويجب التفرقة فى هذا الصدد بين حال سوء نية من يقيم البناء أو الغراس وبين حال حسن نيته ، حيث يختلف الحكم فيما يتعلق بحق صاحب الأرض فى طلب ازالة المنشآت ، وكذا بالنسبة لمقدار التعويض الذى يستحقه مالك هذه المنشآت .

ويعد من يقيم المنشآت سيء النية اذا كان يعلم وقت اقامة المنشآت أن الأرض التى يبنى عليها مملوكة لغيره ، ولم يأذن لـه المالك بذلك ، ومن ثم فليس له الحق فى اقامة تلك المنشآت . ويعتبر فى حكم سوء النية الجهل الناشيء عن خطأ جسيم . والأصل أن الحائز حسن النية ويجب على مالك الأرض أن يثبت سوء نية من أقام المنشآت أى كان يعلم وقت اقامتها أن الأرض غير مملوكه له .

والمقصود بحسن النية اعتقاد من يقيم المنشآت بأنه يبنى فى ملكه أو أن صاحب الأرض قد اذن له ومن ثم يكون له الحق فى اقامة البناء أو الغراس ، ويجب أن يقوم اعتقاده بناء على أسباب جدية تبرره .

والعبرة بحسن أو سوء النية هو وقت اقامة المنشآت على الأرض ، ولا يهم التغيير الذى يطرأ بعد ذلك على هذه النية ، فمن يقيم البناء بحسن نية ثم يتبين له بعد ذلك أنه يبنى فى ملك غيره ، يعامل معاملة البانى حسن النية .

ونعرض فيما يلى للفرضين :

الفرض الأول

البناء بســوء نيــة

واجه القانون اليمنى هذا الفرض بمناسبة البناء أو الفراس فى أرض مغصوبة فى المادة ١٣١٩ ، ولا شك أن الغاصب سيىء النية ، لذا يمكن اعمال حكمه فى كل حالة يكون فيها البانى سيىء النيــة .

تنص المادة ١٣١٩ على أنه اذا أحدث شخص شيئا فى أرض غيره بمواد مملوكة له كان لصاحب الأرض الخيار بين طلب ازالتها أو ابقائها فى مقابل أن يدفع لصاحبها تعويضا بقيمتها مستحقة القلع أو ما زاد فى قيمة الأرض بسببها .

يبين النص حكم ما اذا أحدث شخص منشآت بأدوات مملوكة له فى أرض الغير بدون اذن صاحب الأرض فان صاحب الأرض يكون بالخيار بين أن يطلب ازالة المواد عن أرضه مع تضمين صاحبها ارش الأرض أو يبقيها صاحب الأرض لنفسه فى مقابل تعويض صاحبها بقيمتها مستحقة القلع أو ما زاد فى قيمة الأرض بسببها ، والخيار

لمالك الأرض لأن صاحب المواد كان معتديا .

طبقا لهذا النص، اذا بنى شخص سيء النية بمواد مملوكة له على أرض الغير بدون وجه حق، فان صاحب الأرض يكون له الخيار بين أمرين :

الأمر الأول : أن يطلب ازالة المنشآت واعادة الأرض الى حالتها، ويتم ذلك على نفقة من أقامها . هذا بالاضافة الى الحق فى طلب التعويض عما أصاب الأرض من أضرار أو تعطيل بسبب البناء أو الغراس . ويلتزم صاحب المنشآت بهدمها ونقلها انقاضها، ولا مجال هنا لاعمال أحكام الالتصاق فقد أزيلت المبانى ولم يتملكها صاحب الأرض، وقد تقرر هذا الحكم جزاء سوء نية البانى حيث أقام المنشآت وهو يعلم عدم أحقيته فى ذلك .

ونؤيد ما يراه البعض بحق من أن " الازالة هدم والهدم يتعارض مع روح العصر فى التشجيع على البناء، وهذا القول يتفق مع الواقع وطبيعة الأمور فى هذا العصر، فقد يكون البناء قد تم تأجيره لعدة مستأجرين، ولا يخفى ما يحدث من حرج ومشاكل

نتيجة الهدم وما يترتب عليه من تشتيت هؤلاء ، ولذلك يجب أن يخضع حق المالك فى طلب الازالة للقاعدة العامة فى التعسف فى استعمال الحق .

وتطبيق تلك القواعد فى هذا الشأن يفضى الى القول بأنه اذا كانت قيمة المواد والمنشآت تتجاوز قيمة الأرض ، فليس من العدل ازالتها ولكن يجب أن تبقى على أن يتحمل مالك الأرض بقيمتها ، مع منحه التيسيرات اللازمة فى الوفاء بتلك القيمة الى صاحب المواد والمنشآت . ومن باب أولى يجب اعمال هذا الحكم اذا كانت قيمة الأرض متجاوزة لقيمة المواد والأدوات . مع ملاحظة أن القيمة التى يلتزم بها صاحب الأرض هى قيمة المواد مستحقة الازالة أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض أيهما أقل .

الأمر الثانى : أن يطلب استبقاء المنشآت فى الأرض ، وعندئذ يتملكها بحكم الالتصاق ، الا أنه يلتزم بدفع تعويض لصاحب المنشآت ويتمثل هذا التعويض فى أقل القيمتين :

١ ـ قيمة المنشآت مستحقة الازالة ، أى يدفع قيمة الأنقاض

منقوصا منها مصروفات الهدم .

٢ ــ قيمة مازاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .

ويمكن الاستعانة بخبير لتقدير هذه القيمة عند الاقتضاء ، وصاحب الأرض هو الذى يملك الخيار بين دفع قيمة الانقاض بعد هدم المنشآت وقيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . وغالبا ما تكون القيمة الأولى أقل من الثانية ، لذا يختار مالك الأرض دفع قيمة الأنقاض ونظرا لأن البانى سيىء النية ، فلا مجال لبحث مقدار ما تكبده من مصروفات فى سبيل اقامة المنشآت .

الفرض الثانى

البناء بحسن نية

تنص المادة ١٢٠٤ على أنه اذا أذن صاحب الأرض لغيره فى اقامة غراس أو منشآت أخرى فى أرضه ، طبقت عليها أحكام الاتفاق المعقود بينهما ، واذا لم يوجد اتفاق بشأنها مع الاذن ، فلا يجوز

لصاحب الأرض طلب ازالتها وانما له الخيار اما أن يتملكها في مقابل تعويض الغير بما انفق ، أو بما زاد في قيمة الأرض بسبب ما أنشىء فيها ، أو يملك الأرض لصاحب المواد في مقابل تعويض عادل بثمن الزمان والمكان .

يواجه النص فرض من يبني بمواد من عنده أو يقيم غراسا على أرض الغير باذن صاحبها ، أي أن الباني هنا حسن النية لأنه أقام المنشآت باذن صاحب الأرض.

وحيث أن هناك اذن باقامة البناء أو الغراس ، فغالبا ما يتضمن هذا الاذن الاتفاق حول حكم هذه المنشآت ومصيرها ، فاذا وجد هذا الاتفاق طبقت أحكامه .

فاذا لم يوجد اتفاق فليس لصاحب الأرض أن يطلب ازالة المنشآت لأنها أقيمت باذن منه ، ومن ثم فان من أقامها يكون حسن النية ، ويكون له الحق في أن ينزع منشآته ان قدر أن مصلحته في ذلك وبشرط ألا يؤدي ذلك الى الحاق الضرر بالأرض.

فاذا لم يطلب صاحب المنشآت ازالتها ، آلت ملكيتها

بالالتصاق الى صاحب الأرض ويكون بالخيار بين أمور ثلاثة :

الأمر الأول : أن يدفع لمن أقام المنشآت قيمة المواد وأجرة العمل ، أى تعويضه عما أنفق .

الأمر الثانى : أن يدفع له مبلغا يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .

يتضح من ذلك أن القانون فضل البانى حسن النية على البانى سيئ النية ، فبينما الثانى لا يحق له الا أخذ أقل القيمتين من قيمة المنشآت مستحقة الازالة وقيمة الزيادة فى ثمن الأرض ، نجد أن البانى حسن النية يحق له أن يأخذ أقل القيمتين من قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض .

ويلاحظ أن العبرة فى تقدير الزيادة فى ثمن الأرض هى بالزيادة الناشئة عن البناء وليس بسبب آخر كشق طريق بجانب الأرض مثلا . وتقدر هذه الزيادة وقت رفع الدعوى لا وقت البناء .

الأمر الثالث : أن يطلب تمليك أرضه لمن أقام المنشآت

مقابل تعويض عادل وهو ثمن المثل للأرض زمانا ومكانا .

ويحدث ذلك اذا كانت المنشآت التى أقامها الغير قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض ان يؤدى ما هو مستحق عنها . أى أن جسامة المنشآت يرتب جسامة التعويض المطلوب عنها وهذا التعويض يرهق صاحب الأرض اذا أداه ، لذا يكون له بدلا من تملك المنشآت بالالتصاق ، ان يطلب تمليك الأرض لصاحب المنشآت .

ولا يشترط نص القانون اليمنى أن يكون التعويض مرهقا للمالك ، بل ترك له الخيار فى أن يطلب تمليك الأرض لصاحب المنشآت ، ولو كان التعويض عنها يسيرا ، بل لمجرد عدم حاجته اليها .

ونرى أن للقاضى سلطة تقديرية فى الموازنة بين مصالح الطرفين على ضوء قيمة الأرض وقيمة المنشآت ، والقدرة المالية لكل من مالك الأرض ومالك المنشآت ، ومدى نفع تلك المنشآت بالنسبة لكل منهما . فهو يجمع بين المعيارين الذاتى والموضوعى

للوصول الى قرار اما بتمليك المنشآت لصاحب الأرض أو تمليك الأرض لصاحب المنشآت ،وكل ذلك بطبيعة الحال فى حالة عدم اتفاق الطرفين على تسوية الأمر فيما بينهما .

وتملك صاحب المنشآت للأرض لا يكون بحكم الالتصاق ، بل استنادا الى ارادة صاحب الأرض وتنازله عن ملكيتها ، أو بناء على حكم المحكمة ،ويكون ذلك مقابل تعويض عادل يتمثل فى ثمن المثل للأرض زمانا ومكانا .

ويمكن تطبيق نفس الحل على حالة مماثلة وهى اذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ،جاز للمحكمة اذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك فى نظير تعويض عادل .

فالغرض ان المالك يبنى فى ملكه وبمواده ، الا أنه يتجاوز نطاق مساحة أرضه الى جزء ملاصق من أرض الجار . ويحدث هذا التجاوز بحسن نية بسبب غموض الحد الفاصل بين الجارين أو

الخطأ فى القياس عند تعيين هذا الحد ، أى أن المالك لم يكن يعلم أنه يتجاوز حدود ملكه .

فى هذه الحالة ليس من العدل اعمال قواعد الالتصاق أى السماح للجار بتملك الجزء من المبانى القائمة على أرضه حيث قد يؤدى ذلك الى خلق نوع من الشيوع غير المرغوب فيه بين المالكين بالنسبة للمبنى حيث يصعب فصل الجزء المذكور عن البناء . لذا يكون من الأفضل أن يطلب من صاحب الأرض النزول عن ملكية هذا الجزء لصاحب البناء فى نظير تعويض عادل ، وللمحكمة أن تجبره على ذلك اذا ما رأت عدالة هذا الحل .

أما اذا كانت المجاوزة كبيرة أو كان البانى سيئ النية ، فان للمالك الحق فى أن يطلب الازالة أو تملك المبنى بما فى ذلك الجزء من الأرض المقام عليه ، مقابل دفع أقل القيمتين من قيمة انقاض المبنى أو ما زاد فى ثمن الأرض، وثمن المثل للجزء من الأرض الذى سيتملكه بالتبعية للمبنى .

أداء التعويض فى حالة التملك بالالتصاق :

تنص المادة ١٢٠٩ على أنه يجوز للقاضى فى أداء التعويضات المنصوص عليها فى هذا الفصل ان يقرر ما يراه مناسبا ، فله أن يمنح الملزم بها أجلا أو يقسطها عليه مع تقديم الضمانات اللازمة .

يضع النص حكما عاما فى أداء التعويضات المقررة فى حالات التملك بالالتصاق ، للقاضى أن يقرر ما يراه مناسبا ، فله أن يمنح الملزم بالتعويض اجلا أو يقسطه عليه مع تقديم الضمانات اللازمة فى هذه الحالة ،وذلك تيسيرا على المحكوم عليه ومراعاة لظروفه المالية ومقدار ما حكم به عليه ، وتطبيقا لقواعد العرف والعدالة .

المبحث الرابع

اقامة المنشآت على أرض الغير بمواد الغير

تنص المادة ١٢٠٧ على أنه اذا كان شخص قد أنشأ شيئا فى أرض غيره ، بمواد مملوكة لآخر ،واستهلكها استهلاكا يتعذر معه ردها بعينها ، فلا يكون لمالكها الرجوع على مالك الأرض وانما يكون له الرجوع على من استولى على المواد واستعملها المثل بمثله ،والقيمى بأوفر القيم .

يبين النص حكم ما اذا أنشأ شخص منشآت فى أرض بمواد غير مملوكة له وانما مملوكة لثالث ، فان كان يتعذر نزعها وردها بعينها ، فان ذلك يعتبر استهلاكا لها ، ولا يكون لمالكها الرجوع على مالك الأرض وانما يكون رجوعه على من استولى على مواده باعتباره غاصبا لها ، فيلزم غاصب المواد أن يضمنها لمالكها : المثلى بمثله ، والقيمى بأوفر القيم من يوم الاستيلاء عليها الى يوم الطلب ، وفى مقابل ذلك يتملك المواد التى استولى عليها واستهلكها ، ويكون له الرجوع على مالك الأرض .

يواجه النص فرضا نادرا وهو أن يقيم شخص بمواد مملوكة لغيره على أرض شخص آخر منشآت معينة . أى أننا نوجد أمام أشخاص ثلاثة تقوم بينهم علاقات قانونية تستوجب الفصل فيها : علاقة صاحب الأرض بمن أقام المنشآت ، وعلاقة من أقام المنشآت بمالك المواد ، وعلاقة صاحب المواد بمالك الأرض.

أ ــ علاقة البانى بمالك الأرض :

تخضع هذه العلاقة للفرض السابق دراسته وهو اقامة شخص منشآت فى أرض الغير (الصورة الثانية من صور الالتصاق) ، ورأينا أن الحكم يختلف بحسب ما اذا كان البانى حسن النية يعتقد بأن له الحق فى اقامة المنشآت أم سيىء النية يعلم الا حق له فى اقامتها .

فاذا كان البانى سيىء النية كان لصاحب الأرض أن يطلب ازالة المنشآت على نفقة من أقامها واعادة الأرض الى حالتها الأولى مع التعويض ، واذا لم يطلب الازالة تملك المنشآت بالالتصاق مع التزامه بدفع أقل القيمتين لصاحبها قيمة الأنقاض (المنشآت

مستحقة الازالة) وقيمة ما زاد فى الأرض بسبب المنشآت .

واذا كان البانى حسن النية ، فان مالك الأرض لا يستطيع طلب ازالة المنشآت وانما يتملكها بحكم الالتصاق اذا لم يطلب صاحبها نزعها ، ويقوم بتعويضه بأقل القيمتين : قيمة المواد وأجرة العمل ، أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض ، ولمالك الأرض أن يطلب تمليكها للبانى مقابل تعويض عادل .

ب — علاقة البانى بصاحب المواد :

يستطيع صاحب المواد أن يطلب نزعها واستردادها بعينها ، فان تعذر ذلك ، فانها تكون قد استهلكت من قبل البانى الذى يتملكها ويلتزم بتعويض صاحبها ، ويتمثل هذا التعويض فى أن يعيد له مثلها ان كانت مثلية ، أما ان كانت قيمية فيلتزم بدفع أعلى قيمة لها فى الفترة من يوم الاستيلاء عليها الى يوم طلبها من قبل صاحبها .

ج — علاقة صاحب المواد بصاحب الأرض :

ليس لصاحب المواد الحق فى الرجوع على مالك الأرض ، فليست

بينهما علاقة ، الا أنه من الممكن أن يتملك صاحب الأرض تلـــك المواد بالالتصاق ، على أن يقوم بتعويض البانى طبقا لما سبق . هنا يكون لمالك الأدوات الحق فى أن يطلب من مالـــك الأرض التعويض المستحق فى ذمته للبانى وذلك من خلال الدعوى غير المباشرة التى يستخدم فيها الدائن حقوق مدينه .

الفصل الثالث

التصاق المنقول بالمنقول

تنص المادة ١٢٠٨ على أنه اذا التصق منقولان لمالكين مختلفين أو اختلطا بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين وكان الالتصاق أو الخلط بفعل أحدهما أو غيرهما متعديا ،ملك الخالط المختلط ولزمه تعويض المالك المثلى بمثله والقيمى بأوفر القيم ،وان أمكن فصل المنقولين التزم الخالط بتعويض المالك عما أصابه من نقص أو ضرر ٠

واذا كان الالتصاق أو الخلط قد حصل بدون تعد من أحد قسمت المحكمة المختلط مناصفة وعلى مدعى الزيادة البينة ٠

المقصود بالاختلاط

يقصد بالاختلاط أو التصاق منقول بمنقول أن يكون هناك اتحاد أو اندماج بين منقولين بحيث لا يمكن الفصل بينهما دون تلف ،ويكون المنقولان مملوكين لشخصين مختلفين ٠ وعلى هذا فمقومات الاختلاط هى :

ـ اتحاد أو اندماج منقول مع منقول آخر وذلك كمزج كميتين من السائل أو الحبوب أو تحويل القماش الى ملابس باستخدام الخيط وأدوات التطريز ،أو تحويل الخشب الى أثاث باضافة ملونات وقطع معدنية وغيرها ،أو ضم المنقولين فى شىء واحد كوضع قطعة من الماس فى خاتم من الذهب .

ـ أن يكون المنقولان مملوكين لشخصين مختلفين ،اما أن كان المالك للمنقولين هو نفس الشخص فلا تثور مشكلة ولا تطبق أحكام الالتصاق .

ـ يجب أن يتعذر فصل المنقولين دون تلف ،اما أن كان من الممكن تمييز وفصل منقول عن آخر فلا محل لاعمال أحكام الالتصاق

ـ ينبغى ألا يوجد اتفاق عن مصير المنقولات التى اندمجت ، فان وجد مثل هذا الاتفاق بين ملاك تلك المنقولات وجب اعماله مثال ذلك عقد الاستصناع حيث يحكم العلاقة بين المستصنع والصانع . فان الصانع وان كان يخلط مواد مملوكة له بمواد مملوكة للمستصنع ، يخضع للاتفاق المعقود بينه وبين المستصنع ولا تطبق

قواعد الالتصاق ٠

أحكام الاختلاط:

ترك القانون المصرى الأمر للمحكمة لتفصل فيه مسترشدة فى ذلك بقواعد العدالة ، ومراعية فى ذلك الضرر الذى حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما ،حيث يمكن للقاضى أن يحكم بالملكية لصاحب المنقول الأكبر قيمة ،أو للمالك الذى سيصاب بضرر أكبر بسبب فقده منقوله ، أو للمالك الأقدر ماليا على تعويض المالك الآخر ، وقد يفضل القاضى المالك حسن النية ٠

أما القانون اليمنى فلم يترك للقاضى سلطة تقديرية واسعة لتقرير أى المالكين يكتسب ملكية المنقول الآخر بالالتصاق ، بل وضع قواعد محددة فى هذا الصدد وتتمثل فى :

ـ يتم فصل المنقولين اذا كان من الممكن فصلهما ، وهنا يلتزم الخالط أى من قام بخلطهما بتعويض المالك عما أصابه من ضرر بسبب نقص المنقول أو تلفه كليا أو جزئيا ٠

ـ اذا كان الالتصاق أو الخلط بفعل أحدهما أو غيرهما

متعديا ، ملك الخالط المختلط بالالتصاق ويلتزم بتعويض مالك المنقول ، فان كان مثليا وجب رد مثله وان كان قيميا التزم بدفع أعلى قيمة له في الفترة من يوم الخلط الى يوم المطالبة به .

ـ اذا كان الالتصاق أو الخلط قد حدث بفعل الطبيعة أى دون تعد من أحد ، قسم الخليط بين المالكين مناصفة ، وعلى من يدعى منهما أنه أحق بنصيب أزيد من شريكه أو أن شريكه حصل ـ بدون حق ـ على نصيب يفوق نصيبه أن يقدم الدليل على ذلك .

لا شك أن هذا الحكم يصلح للتطبيق اذا كان الشيئان المخلوطان من جنس واحد كالسوائل والحبوب ، اما أن كنا بصدد أشياء غير متجانسة أو كان الشىء المختلط لا يقبل القسمة فان هذا الحكم يصعب أعماله . مثال ذلك التصاق الخشب والمعدن في صنع قطعة أثاث أو وضع قطع غيار بالسيارة أو تطريز القماش بألوان ومواد معينة .

هنا لا مفر من ترك السلطة التقديرية للقاضى ، عند عدم الاتفاق بين الملاك ، لتحديد من يملك الشىء الناتج عن الاختلاط ،

فقد يحكم القاضى بالملكية لاحدهما على ضوء قواعد العدالـــة ،
ومراعاة الضرر الذى حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهمـا ،
وقد يظل الشئ مملوكا على الشيوع أو يأمر القاضى ببيعه وتوزيـــع
ثمنه على الملاك طبقا لنصيب وظروف كل منهم .

الباب السادس

الشفعة

تعريف:

الشفعة ، كسبب من أسباب كسب الملكية ، هى حق تملك العين المبيعة عن مشتريها بما تم دفعه من ثمن ومصروفات . فالقانون يعطى الشفيع الحق فى تملك العين المبيعة الى شخص آخر بنفس شروط البيع ، أى أن الشفيع يحل محل المشترى فى الصفقة .

قرر المشرع اليمنى الشفعة بين الشركاء لدفع الضرر عنهم ، فالشركة غالبا ما تكون منشأ الضرر ، ومن ثم فاذا أراد الشريك بيع نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبى ، حيث يقوم بدفع العوض ويحل محله فى البيع ، ويزول عنه بذلك ضرر الشركة ويتفادى مشاركته لشخص غريب لا تؤمن عواقبه ، ولا يتضرر البائع لأنه يصل الى حقه من الثمن .

والشفعة نظام مأخوذ عن الشريعة الاسلامية ، وقد نظمها القانون اليمنى مستمدا أحكامها من تلك الشريعة ، ويترتب على ذلك

انه ينبغى على القاضى عند تفسيره لتلك الأحكام أو عند وجود نقص فيها ، أن يرجع الى فقه الشريعة الاسلامية بوصفها المصدر المادى للشفعة .

وتعرف المادة ١١٤٥ الشفعة بأنها حق تملك عين ، ولو جبرا ، ملكت لآخر بعقد صحيح بعوض مال معلوم على أية صفة كانت ، مثلية أو قيمية ، منقولة أو غير منقولة ، بما قام عليها من العوض والمؤن

وتعلق المذكرة الايضاحية على ذلك بقولها : معنى الشفعة فى اللغة الضم أى ضم شىء الى آخر ومعناها شرعا حق تملك عين ولو جبرا ، ملكت لشخص آخر بعوض مال ، يأخذها الشفيع ليضمها الى ملكه الذى كان سببا فى طلب الشفعة بما قام عليها من العوض والمؤن التى انفقت فى سبيل تمليكها للمشفوع منه ، ويكون حق الشفعة فى العين المتصف فيها على أية صفة كانت مثلية أو قيمية منقولة أو غير منقولة (عقار) وهو ما اختارته اللجنة لثبوت علة الشفعة فى كل ما يتصرف فيه ، وهى دفع الضرر الذى يصيب الشفيع بسبب التصرف للغير فيما له فيه شفعه .

طبيعة الشفعة :

اختلف فقهاء القانون حول تحديد طبيعة الشفعة :

ذهب البعض الى أن الشفعة حق عينى يخول الشفيع حقا مباشرا يسرى بالنسبة للكافة ، وأساسه هو الحق العينى لملكية العقار الشافع الذى يخول مالك هذا العقار حقا على العقار المشفوع .

وذهب البعض الى أن الشفعة حق شخصى يمنح لاعتبارات تتعلق بشخص الشفيع وظروفه الخاصة ، ولا يمكن استعمالها لمصلحة شخص آخر أو النزول عنه للغير .

وذهب رأى وسط الى أن الشفعة حق ذو طبيعة مختلطة ، يرد على عقار ، ليكون عينيا ، ويتقرر لاعتبارات شخصية ليكون شخصيا .

وذهب اتجاه آخر الى القول بأن الشفعة ليست حقا عينيا ولا حقا شخصيا ، بل هى واقعة مادية تعتبر سببا لكسب الملكية ، كالميراث أو الالتصاق أو الحيازة ، وكلها أسباب لكسب الحق .

" فالشفعة واقعة مركبة يقترن فيها الشيوع وهو واقعة مادية ، ببيع العقار المشفوع فيه وهذه بالنسبة الى الشفيع واقعة مادية أخرى ،باعلان الشفيع ارادته فى الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانونى من جانب واحد ،فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانونى ،ومن ثم يمكن ادخال الشفعة فى نطاق الواقعة المادية .

فمن كان شريكا مشاعا فى عقار وبيعت حصته فى هذا العقار ، تهيأ له بذلك مركز قانونى يستطيع به أن يشفع بارادته المنفردة فى الحصة الشائعة ، أى أن للشفيع رخصة فى أن يتملك العقار المشفوع (وهذا ما ذهب اليه البعض بأن الشفعة مجرد رخصة أى خيار ومشيئة للشفيع وليست حقا) ، وهذه الرخصة تخول للشفيع الحق فى أن يتملك العقار المشفوع فيه بارادته المنفردة ، وذلك بأن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة .

فالشفعة لا تكون سببا لكسب الملكية الا بقيام مركز قانونى معين تتهيأ أسبابه باجتماع وقائع مادية معينة ، فيكون للشفيع ،

ليس حق الملك ، بل الحق في أن يتملك ، فاذا أعلن ارادته في الأخذ بالشفعة ، وهذه ارادة منفردة أي تصرف قانوني صادر من جانب واحد ، تكاملت عناصر الشفعة باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية فيتملك الشفيع العقار المشفوع فيه ، ويتحول حقه في أن يتملك هذا العقار الى حقه في ملكيته ، وذلك عن طريق حلوله محل المشتري " .

وهذا التحليل الرائع لفقيه القانون الأول الأستاذ السنهوري هو ما أخذ به المشرع اليمني بتعريفه للشفعة بأنها حق تملك يعرب به الشفيع عن ارادته في تملك العين المبيعة .

وقد رتب القانون اليمني على ذلك التكييف النتائج القانونية من خلال الأحكام التفصيلية للشفعة في المواد من ١١٤٥ الى ١٢٠٢

خطة الدراسة :

نقسم دراستنا للشفعة الى عدة فصول :

الفصل الأول : الشفعاء ومراتبهم .

الفصل الثاني : التصرف موضوع الشفعة .

الفصل الثالث : اجراءات الشفعة

الفصل الرابع : سقوط الحق في الشفعة

الفصل الخامس : آثار الشفعة .

الفصل الأول

الشفعاء ومراتبهم

نعرض فى هذا الفصل للأشخاص الذين يحق لهم الأخذ بالشفعة، وللشروط العامة التى يلزم توافرها فيهم لممارسة ذلك الحق، ثم نبين كيفية التفضيل بينهم عند تزاحمهم .

المبحث الأول

الشفعاء (أسباب الشفعة)

طبقا للمادة ١١٤٦ سبب الشفعة هو اتصال ملك الشفيع بالعين المشفوعة اتصال شركة (خلطة) فى أصلها ، أو فى حق من حقوقها .

وتعلق المذكرة الايضاحية بقولها . تبين المادة أسباب الشفعة ، وقد رأت اللجنة أن تضيق من أسباب الشفعة لأنها حق ضعيف يسبب مشاكل كثيرة فلم تأخذ بالجوار كسبب للشفعة وقصرتها على ما فيه ضرر بحق اذا ما حرم الشفيع فيه من طلب الشفعة وهو اتصال ملك الشفيع بالعين المشفوعة اتصال شركة

(خلطة) فى أصل العين أو فى حق من حقوقها ، وهو اتجاه عام فى الأقطار الاسلامية كلها وموافق لبعض المذاهب الفقهية التى زادت فقصرت الشفعة على العقارات فقط وعملا بالحديث الشريف " اذا نصبت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " .

مؤدى ذلك أن القانون اليمنى لا يعرف سوى سببا وحيدا للشفعة ، الا وهو الشركة ، أى يلزم أن يكون طالب الشفعة شريكا فى ملكية العين المشفوع فيها أو شريكا فى حق من حقوقها كحق الشرب أو المسيل أو المرور .

وتحدد المادة ١١٤٧ الشفعاء بقولها :

تستحق الشفعة لاصحابها على الترتيب التالى :

١ـ الشريك المخالط على الشيوع فى أصل العين .

٢ـ الشريك المخالط على الشيوع فى حق الشرب ومجراه .

٣ ـ الشريك المخالط على الشيوع فى الطريق .

يتضح من النص أن الحق فى الشفعة يثبت لشخصين :

الأول : الشريك على الشيوع فى أصل العين .

الثانى : الشريك على الشيوع فى حق من حقوقها (الشرب والمجرى والمرور) .

أولا

الشريك على الشيوع فى أصل العين

يثبت الحق فى الشفعة للشريك اذا بيعت حصة فى أصل العين المملوكة على الشيوع . فاذا كان البيع لأحد الشركاء كان من حق الشركاء الآخرين مقاسمته فى تلك الحصة ،أما ان كان البيع لأجنبى فانه يحق للشركاء استبعاده والحلول محله فى الصفقة .

ويجب أن نكون بصدد عين مملوكة على الشيوع ، فلا تثبت الشفعة بعد تقسيم العين واختصاص كل شريك بجزء مفرز . أى ان الشفعة تثبت للشريك على الشيوع وقت تمام البيع ، اما الشريك المتقاسم فليس له الحق فى الشفعة فى الحصة المفرزة .

ويقصد بالشريك على الشيوع الشريك فى الملكية الكاملة للعين وكذلك الشريك فى ملكية الرقبة اذا كانت مملوكة لعدد من الشركاء فى الشيوع . ولا تثبت الشفعة فى حق الانتفاع أو به حيث لا تصح

الشفعة فى المنافع أو فيما لا يباع من الحقوق (م ١١٠٠) .

وتثبت صفة الشريك على الشيوع للشريك فى أصل العين ذاتها ، أما الشريك فى الجدار الفاصل بين ملكه وبين العين المبيعة فلا يعد شريكا على الشيوع ولا تثبت له الشفعة فيها .

واذا كان الشخص شريكا فى مجرى أو مصرف أو طريق خاص بالعين المبيعة ، فليس له الحق فى أن يطلب الشفعة بوصفه شريكا فى العين ، ولكن له الحق بوصفه شريكا فى حق من حقوقها ، وتبدو أهمية ذلك فى ترتيب الشفعاء كما سنرى ، فالشريك فى أهل العين يفضل الشريك فى حق من حقوقها .

والقاعدة أن الشفعة تثبت للشريك فى حالة بيع حصة شائعة فى العين ، ولكن هل تثبت الشفعة اذا ورد البيع على حصة مفرزة ؟

ذهب البعض الى جواز الشفعة فى هذه الحالة استنادا الى أن التصرف يكون صحيحا الا أنه غير نافذ فى مواجهة باقى الشركاء انتظارا لنتيجة القسمة ، فاذا تمت القسمة ولم يقع الجزء المفرور فى نصيب البائع ، انتقل حق المشترى من وقت البيع الى

الجزء الذى آل الى البائع بطريق القسمة ، والقول بعدم الأخذ بالشفعة فى هذا الفرض من شأنه فتح باب الغش والتحايل لمنع الأخذ بالشفعة .

وذهب رأى ثان الى عدم جواز الأخذ بالشفعة فى بيع حصة مفرزة لأن البيع يكون غير نافذ فى حق الشركاء ، ولا يصبح المشترى مالكا على الشيوع ، ومن ثم لا تتحقق الحكمة من أعمال الشفعة ، ولعل هذا ما يأخذ به المشرع اليمنى حيث تشترط المادة ١١٥٠ لصحة الشفعة أن يزول ملك المتصرف وذلك بأن يكون العقد نافذا فان كان العقد موقوفا فلا شفعة حتى ينفذ العقد ، فتثبت الشفعة بنفوذه ، (المذكرة الايضاحية) .

ثانيا

الشريك على الشيوع فى حق من حقوق العين

يثبت الحق للشفعة للشريك فى حق من حقوق العين ، وقد حصر النص تلك الحقوق فى الشرب والمجرى والمرور .

وتثبت الشفعة اذا توافر الاشتراك فى حق من الحقوق

السابقة ،وذلك أيا كان المصدر القانونى لتقرير هذا الحـــق ،
فقد يكون مقررا بالاتفاق أو بنص القانون .

وتلك الحقوق لا يتصور وجودها الا بين المقارات ،أى أن ــ
الشفيع يكون مالكا لأرض نستفيد مع الأرض المشفوع فيها بنفـــس
المجرى أو المشرب أو المرور .

المبحث الثانى

مراتب الشفعاء ونزاحمهم

رتبت المادة ١١٤٧ الشفعاء بحسب أفضليتهم فى الأخذ بالشفعة على النحو التالى :

أولا – الشريك على الشيوع فى أصل العين .

ثانيا – الشريك على الشيوع فى حق الشرب ومجراه ؛

ثالثا – الشريك على الشيوع فى حق الطريق .

ويترتب على ذلك أنه اذا بيعت حصة شائعة فى عين وطلبها كل من شريك آخر فى نفس العين ، وشريك فى حق المجرى الذى تستفيد منه هذه العين ، فان الأفضلية تكون للأول ويحق له أخذ الحصة المبيعة بالشفعة .

واذا بيعت حصة شائعة فى عين وطلبها كل من الشريك فى حق الشريك ، الشريك فى حق المجرى ، الشريك فى حق الطريق ، فان المفاضلة بينهم تكون للشريك الأول ثم الثانى ثم الثالث وهكذا ، أى أن السبب الأقوى يقدم فى طلب الشفعة ، وقد رتبت

المادة الأسباب بحسب قوتها .

أما اذا تساوى الشفعاء فى القوة ،أى كان التزاحم بين شفعاء من نفس المرتبة أى من طبقة واحدة ،فان الشفعة تقسم بينهم على عدد الرؤوس ، أى أن الحصة المبيعة تقسم على الشفعاء . من نفس الدرجة ـ بنسب متساوية .

فاذا بيعت حصة شائعة لأجنبى فى عقار مملوك على الشيوع لأربعة أفراد ، ورغب الشركاء الثلاثة فى الأخذ بالشفعة فان الحصة المبيعة تقسم عليهم بالتساوى وليس بنسبة حصة كل منهم فى المال الشائع .

ونفس الشئ اذا بيعت الحصة لشريك فان الشركاء الآخرون يقتسمون معه هذه الحصة بنسب متساوية . وكذلك الحال اذا بيعت الحصة الشائعة وطلبها أكثر من شريك فى حق المجرى أو حق الطريق .

وتعبر المادة ١١٤٨ عما سبق بقولها : اذا تساوى الشفعاء فى الطلب قدم صاحب السبب الأقوى على الترتيب الوارد فى المادة

السابقة ،وإذا تساووا فى الطلب قسمت الشفعة على رؤوس الشفعاء .

وتعلق المذكرة الايضاحية على النص بقولها :

عند تساوى الشفعاء فى الطلب ،يقدم صاحب السبب الأقوى طبقا للترتيب السابق فيقدم الشريك على الشيوع فى أصل العين على غيره وهكذا ..

وعند تساوى الشفعاء فى الطلب والسبب الأخص تقسم الشفعة على رؤوس الشفعاء والعلة فى الحكم هو أن صاحب السبب الأقوى يناله ضرر كبير، فان كان سببه أخص فالضرر أكبر والشفعة انما شرعت لدفع الضرر .

الخلاصة أنه عند التزاحم بين الشفعاء يقدم صاحب السبب الاقوى ،فاذا تساووا فى قوة السبب يقدم صاحب السبب الأخص، وعند التساوى فى السبب الأخص تقسم الشفعة على رؤوس الشفعاء .

ولكن ما المقصود بالسبب الأخص ؟

تجيب المادة ١١٤٩ على ذلك بقولها يعتبر السبب أخص فى الطريق المسدود ان كان لها باب يغلق على بعض الدور

فتدخل منه ، فان الداخلة من الباب أخص بالنسبة لبعضها من الدور الخارجة عنه وان تعددت الطرق الخاصة فتختص بالدار الداخلة الدور الأقرب طريقا اليها وهكذا بالنسبة لحق الشرب والسواقى .

يبين النص كيف يكون السبب أخص : فالدور فى الطريق المسدود التى يدخل اليها من باب يغلق عليها أخص سببا بالنسبة لبعضها من الدور الخارجة عن الباب وذلك فى السبب الذى يبنى على المخالطة فى الطريق .. والدور التى يدخل اليها من طرق خاصة متعددة يعتبر الأقرب طريقا اليها من الدور الداخلة معها أخص بها من الدور الأبعد عنها وهكذا بالنسبة لحق الشرب والسواقى .

تعدد الصفقات:

تنص المادة ١١٦٣ على أنه اذا تعددت الصفقات فى العين المشفوعة ،فللشفيع الشفعة فى الصفقة الأولى ويشارك فى ما بعدها ما لم يكن سببه أخص فهو أولى .

أى أنه اذا بيع بعض العين المشفوعة كصفقة أولى فان للشفيع طلب الشفعة فيها ٠فان أسقط حقه فى الشفعة وبيع بعض العين المشفوعة كصفقة ثانية ، فان الشفيع يشارك المشترى الأول فى الصفقة التالية كشفيعين اذا تساووا فى السبب ، أما ان كان سببه أخص فهو أولى ٠

واذا اختلفتا فى كون المبيع صفقة واحدة أو أكثر فالقول قول المشترى فى تعدد الصفقات (م ١٢٠٠) ٠

واذا تدعى اثنان الشفعة بأن ادعى أحدهما أن شراءه متقدم للمتأخر ليشفع المتأخر حكم للمبين منهما ، فان بينا معا وأضافت البينة الى وقتين مختلفين كانت الشفعة للأسبق وقتا منهما ،فان أرخت احدى البينتين وأطلقت الأخرى فالشفعة للمؤرخة ، وان أضافت البينتان لوقت واحد ، أو أطلقتا دون تاريخ تهاترتا ويحكم لمن حلف ونكل صاحبه ، فان حلفا معا أو نكلا معا بطلت الشفعة (م ١٢٠٢) ٠

يبين النص حكم ما اذا كان اثنان قد اشترى كل منهما بعض

العين محل الشفعة وادعى كل منهما أن شراءه أسبق لكي يشفع بما اشتراه أولا ما اشتراه الثاني أخيرا ، فان أقام كل منهما بينة شرعية على ادعائه وأضاف البينة الى وقتين مختلفين كانت الشفعة للأسبق وقتا بحسب البينة وان أرخت احدى البينتين وأطلقت الأخرى فالشفعة للمؤرخة ، وان أضافت البينتان لوقت واحد أو أطلقتا تهاترتا ، ويحكم لمن حلف على أن شراءه أسبق ونكل صاحبه ، فان حلفا معا أونكلا معا فلا شفعة لأى منهما حيث لم يثبت أن شراء أحدهما أسبق من شراء الآخر حتى يكون له سبب في الشفعة .

غياب بعض الشفعاء :

تنص المادة ١١٥٤ على أنه اذا غاب بعض الشفعاء يقضى بالشفعة في جميع المشفوع فيه لمن حضر ، فاذ احضر الغائب وطلب الشفعة قضى له بما يستحق .

أى أنه اذا طلب الشفعة أحد الشفعاء أو بعضهم وغاب البعض ، فانه يحكم بالشفعة كلها لمن حضر وذلك لأن الشفعة لا تتجزأ ولا يفرض على الحاضر انتظار الغائب بل يلزمه طلب الشفعة

فى كل العين المشفوعة ، فاذ أحضر الشفيع الغائب وطلب الشفعة طلبا صحيحا فانه يقضى له بما يستحق ويشارك من حكم لهم بنصيبه .

شفعة الأولوية :

هناك نوع من الشفعة يسمى بشفعة الأولوية مقدمة على الشفعة العادية ، وتنص عليها المادة ٢٦ من قانون الوصية بقولها " يستحق الوارث البالغ العاقل أو وصى القاصر عن القاصر شفعة الأولوية فيما باعه الوصى لقضاء الديون أو تنفيذ الوصايا اذا لم يكن قد أذن بالبيع من قبل أو أجازه من بعد .

ولكل وارث الشفعة بقدر نصيبه .

ويأخذ الوارث المال بقيمته لا بالثمن الذى دفع فيه ، الا أن تكون التركة مستغرقة (بالدين أو تنقص عن تنفيذ الوصايا فيأخذ الوارث المال بالأكثر) .

وعلى الوارث الطلب عند التسليم والا نفذ تصرف الوصى .

وتبطل شفعة الورثة بالتراضى كالشفعة .

واذ اقصر وصى القاصر فى طلب الشفعة للقاصر ، فالقاصر الطلب عند البلوغ " .

المبحث الثالث

الشروط العامة في الشفعاء

يلزم لامكان أخذ الشفيع بالشفعة توافر شرطان :

الأول : قيام صفة الشفيع

الثاني : انتفاء المانع القانوني

واذا تخلف أي من الشرطين السابقين فان حق الشفعة لا يقوم اصلا أو يسقط بعد قيامه اذا تخلف الشرط قبل الحكم بالشفعة .

أولا

قيام صفة الشفيع

يلزم لميلاد حق الشفعة وجود السبب المنشىء لها ، أى لا بد من توافر الصفة التى يستلزمها القانون فى الشخص لامكان طلب الشفعة ، وتتمثل تلك الصفة فى الشركة على الشيوع سواء فى أصل العين أو فى حق من حقوقها . أى ينبغى أن يكون الشفيع شريكا على الشيوع ولا بد من توافر هذه الصفة قبل البيع الذى سيتم الأخذ فيه

بالشفعة أى ينبغى أن تكون ملكية الشفيع للحصة الشائعة سابقة على البيع سبب الشفعة . وعلى الشفيع اثبات ملكيته وكونها أسبق من وقت بيع الحصة المشفوع فيها .

ولا بد أن تظل ملكية الشفيع للشىء المشفع به الى أن يملك العين المشفوع فيها قضاء أو رضاء ، ويترتب على ذلك أنه اذا باع الشفيع نصيبه بعد أن طلب الشفعة وقبل أن يحكم له بها سقط حقه فى الشفعة بزوال صفته كشفيع ، ولا يكون لخلفه (من اشترى منه حصته) الحق فى الشفعة ، لأنه لم يكن مالكا وقت البيع .

ولكن بعد تمام الأخذ بالشفعة ، لا يهم أن تبقى للشفيع الصفة التى استند اليها فى طلب الشفعة ، فزوال ملكيته لحصته على الشيوع نتيجة فسخ سندها أو بطلانه أو نتيجة التصرف فيها لا يؤثر على كسب الملكية بالشفعة .

ويعبر عن ذلك المشرع اليمنى صراحة بنصه فى المادة ١١٥٠ التى تشترط لصحة الشفعة أن يكون الشفيع مالكا للسبب الذى يشفع به . وذلك بأن يكون مالكا للعين التى يشفع بها . فلا شفعة

لمن كان عقده باطلا لا يترتب عليه ملك له ، ولا شفعة لغاصب ، كما لا شفعة لمجرد منتفع .

وتنص المادة ١١٥٩ على أنه يسقط حق الشفيع في الشفعة اذا خرج سبب الشفعة من ملك الشفيع عالما أو جاهلا باختياره أو بدون اختياره قبل الحكم له بالشفعة أو التسليم له طوعا .

مثال اذا انقضى حق المجرى أو المرور الذى يربط بين كل من العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه ، أو تم فسخ سند ملكية الشفيع قبل كسب ملكية الشيء المشفوع فيه قضاء أو رضاء .

أى أن الشفعة معلقة على بقاء سببها (الشركة على الشيوع) لحين تملك الشفيع للعين المشفوعة اما بالتسليم له طوعا بها أو بحكم القاضى ، فاذا زال عنه سبب الشفعة قبل ذلك عالما أو جاهلا سقط حقه في الشفعة لزوال سببه .

وحتى يتوافر سبب الشفعة لدى الشفيع أن يكون سند ملكيته على الشيوع للعين أو لحق من حقوقها ، مستوفيا لكل الشروط التى تلزم فيه ليكون مكسبا لهذا الحق ، فالعقد الباطل أو العقد

المعلق على شرط واقف لا يصلح أن يكون سندا لملكية الشريك وليس له بالتالي صفة الشفيع ونفس الشيء بالنسبة للعقد غير المسجل اذا كان القانون يشترط التسجيل لنقل الملكية .

ثانيا

انتفاء المانع القانوني

يمكن أن يقوم السبب في الأخذ بالشفعة ، ولكن الشفيع لا يستطيع ممارسة حقه فيها اما لأن القانون يمنعه من ذلك صراحة ، أو لوجود أسباب أخرى تحول دون ممارستها ، ومن هذه الحالات :

١ - الوقف ، فالشفيع يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا ، الا أن الوقف لا يجوز له الأخذ بالشفعة ، وهذا هو حكم الشريعة الاسلامية ، وعلى هذا ليس للوقف أن يشتري الحصة المبيعة على أساس الاشتراك في العين أو في حق من حقوقها .

والسبب في منع الوقف من الأخذ بالشفعة ان طلب الشفعة سيتم من قبل ناظر الوقف أو الموقوف عليه وكلاهما ليسا مالكا للعقار

الموقوف ومن ثم ليس لأى منهما حق الشفعة . ثم انه لوجاز أن يأخذ الوقف بالشفعة لوجب أن يصبح العقار المشفوع فيه هو أيضا وقفا دون أن تصد رحجة بوقفه .

٢ — يحظر القانون على من ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة ان يشترى ما ينط به بيعه بموجب هذه النيابة ، أى أن النائب لا يستطيع أن يشترى لنفسه الشئ المكلف ببيعه حيث لا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه ، نائبا عن المالك كبائع وأصيلا عن نفسه كمشترى ، وذلك لتعارض المصالح ، اذ يمكن أن يحابى مصلحته على مصلحة الأصيل .

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للنائب أن يشفع فى العين المكلف ببيعها بالنيابة عن المالك ، ولو توافرت له صفة الشفيع ، لأن الشفعة شراء ، وهو ممنوع من شراء تلك العين الا باذن القاضى (م٤٣٧) ، وذلك حماية لمصلحة الأصيل .

الفصل الثانــي

التصرف موضــوع الشفعــــة

يلزم فى التصرف الذى يجيز الأخذ بالشفعة عدة شروط تتعلق بطبيعته أو محله أو أطرافه أو صحته ونفاذه ، وأخيرا حكم تعدد الصفقات .

طبيعة التصرف :

توحى النصوص المنظمة للشفعة فى القانون أن التصرف الذى يجيز الأخذ بالشفعة هو البيع ، حيث تستخدم غالبية النصوص ألفاظ : البيع والمبيع والبائع والمشترى .

لكن نص المادة ١١٤٥ يعرف الشفعة بأنها حق تملك عين ، ولو جبرا ، ملكته لآخر بعقد صحيح بعوض مال معلوم ، ومن ثم فان صياغة النص تبيح الأخذ بالشفعة فى كل تصرف ناقل للملكية بعوض . وطبقا للمادة ١١٥١ تثبت الشفعة أى تصبح حقا للشفيع بالعقد الذى تصرف به البائع ونحوه فى العين المشفوعة للغير .

ومؤدى ذلك أن الشفعة كما تجوز في البيع تجوز أيضا في المقايضة لتشابه كل منهما في القانون اليمني الذي يجيز أن يكون ثمن المبيع من غير النقود (م ٤٤٥) ، ولا يثير أعمال الشفعة في حالة المقايضة صعوبة فيما يتعلق بحلول الشفيع محل المقايض ودفعه بدل المقايضه للبائع لأن القانون اليمني يعتبر الشفعة بمثابة شراء جديد من المشتري وليس من البائع ، لذا يمكن للشفيع أن يدفع للمشتري المقايض قيمة المقايضة .

ولكن لا يجوز الأخذ بالشفعة في حالة تقديم العين المبيعة كحصة في شركة لأن ذلك التصرف يقوم على الاعتبار الشخصي ويصعب تحديد المقابل فيه ، ولا تجوز الشفعة كذلك في الوفاء بمقابل ، أي اذا قدم المدين للدائن عينا في مقابل الدين ، لأن هذا هو حكم الشريعة الاسلامية .

وتنص المادة ١١٥٠ صراحة على أنه لا تجوز الشفعة في ميراث أو اقرار أو قسمة أو وصية أو هبة بغير عوض .

أي أن الشفعة لا تقوم اذا انتقلت ملكية العين بسبب غير

التصرف القانونى كالميراث والالتصاق ، أو بسبب تصرف قانونى صادر من جانب واحد كالوصية .

ولا تصح الشفعة فى التصرفات الكاشفة كالصلح أو القسمة لأن الأصل فيها الافراز لا الضم والغرض منها حصول كل متقاسم على نصيبه مفرزا فلا تعتبر تصرفا للغير . ولا تجوز الشفعة فى نزع ملكية العين للمنفعة العامة ولو مقابل تعويض معادل للثمن لأن الشفيع لا يمكن أن يحل محل الدولة فى تخصيص العين للنفع العام .

ولا تصح الشفعة فى التبرعات المحضة لأنها قريبة كالهبة بغير عوض ، أما ان كانت الهبة بمقابل كبير ، فان تعد معاوضة وتجوز فيها الشفعة .

جدية التصرف:

يمكن أن يلجأ البائع والمشترى الى ستر البيع فى صورة تصرف لا يجيز الأخذ بالشفعة كالهبة ، بهدف التحايل على حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة . هنا يجوز للشفيع أن يقيم الدليل بكافة

طرق الاثبات على صورية العقد ،وانه فى حقيقته بيع مستور تحت تكييف آخر بهدف تعطيل حق الشفعة .

فطبقا للمادة ١١٥٦ لا تسقط الشفعة بكل حيلة قصد بها حرمان الشفيع ومن ذلك اللجوء الى الصورية .

ويمكن أن تأخذ الصورية شكلا معاكسا ، أى ستر الهبة فى صورة بيع وهو ما يطلق عليه " البيع الصورى " ، فهنا لايجوز للشفيع أن يأخذ العين بالشفعة لأن التصرف لا وجود له ،حتى ولو كان حسن النية .ويجوز للاطراف الاحتجاج على الشفيع بورقة الضد ، التى تثبت حقيقة التصرف .

ويمكن أن توجد بصدد صورية نسبية فى حالة اخفاء الثمن الحقيقى واعلان ثمن صورى بالزيادة أو النقصان ، فاذ أعلن الأطراف ثمن مغالى فيه لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة ،جاز للشفيع بوصفه من الغير اثبات الثمن الحقيقى بكافة طرق الاثبات .

واذا كان الثمن المذكور فى العقد أقل من الثمن الحقيقى تخففا من رسوم التسجيل ،كان الشفيع حسن النية يستطيع الأخذ

بالشفعة طبقا للثمن المعلن الا اذا قدم الأطراف ورقة الضد التى تؤكد الثمن الحقيقى ٠

ويؤيد ذلك المبدأ العام الذى تعبر عنه المادة ١٨٠ بقولها كل عقد قصد به الحيلة لاخفاء عقد حقيقى فالعبرة بالعقد الحقيقى صحة وبطلانا ٠ وتنص المادة ١٧٩ على أنه اذا كان المتعاقدان هازلين فى عقد يقبل النقض كان العقد صوريا ، واذا تصرف من صار اليه من لا يعلم بالهزل فللمتصرف اليه أن يتمسك بالعقد الى أن يقوم الدليل على هزليته ٠

سلامة التصرف ونفاذه :

ولا تجوز الشفعة الا فى عقد صحيح ، فلا تصح فى عقد باطل سواء كان البطلان فى أصل العقد أو فى شرط من شروط حجيته ، فالعقد الباطل بطلان نسبى أو مطلق لا يجيز الأخذ بالشفعة (م ١١٥٠) ٠

ويجوز الأخذ بالشفعة فى العقار المبيع ولو كان عقد البيع لم يسجل ، فبالرغم من أن البيع الوارد على عقار لا ينقل الملكية ، بين المتعاقدين وبالنسبة للغير ، الا بالتسجيل ، الا أنه يجوز الأخذ

فيه بالشفعة لأن من شأنه أن يلزم البائع بنقل الملكية الى المشترى ، والقول بغير ذلك يسمح بتعطيل أحكام الشفعة من خلال تقاعس المشترى عن التسجيل والقيام ببيع العقار مرة ثانية .

ويسقط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة اذا تم فسخ البيع قبل طلبها ، سواء تم الفسخ بالتراضى بين البائع والمشترى أو بحكم قضائى أو بناء على تحقق الشرط الفاسخ .

ولا تبطل الشفعة بالفسخ لعيب أو غيره بعد الطلب فى وجه المشترى (م١١٥٨) ، فالنص يبين حكم الفسخ اذا وقع قبل الطلب فتنتفى فيه مظنة التواطؤ ويزول العقد ويزول معه ثبوت الشفعة للشفيع ، أما اذا كان الفسخ بعد طلب الشفعة فقد قامت به مظنة تواطؤ البائع مع المشترى على اسقاط حق الشفيع ومن ثم لا تبطل الشفعة به .

ونظرا لصراحة النص على أن الشفعة لا تثبت الا فى العقد الصحيح (م١١٥١) ، وانها لا تجوز فى العقد الباطل ، فان من شأن بطلان العقد ، سواء قضى بالبطلان بعد طلب الشفعة أو قبله

أن يؤدى الى سقوط حق الشفعة لأن حقوق الشفيع تزول كما تزول حق المشترى الأصلى .

وأخيرا فان الشفعة لاتجوز الا فى التصرف الذى من شأنه أن يؤدى الى زوال ملك المتصرف بأن يكون العقد نافذا ، فان العقد موقوفا أومعلقا على خيار فلا شفعة حتى ينفذ العقد فتثبت الشفعة بنفوذه .

محل البيع :

تجوز الشفعة فى التصرف الوارد على عين من الأعيان ، سواء كانت قيمية أو مثلية ،عقارا أو منقولا .

ويمكن أن تكون العين محل الشفعة حصة شائعة فى مال على الشيوع ، أوعين مفرزة اذا كان الشفيع شريكا فى حق من حقوقها .

ولا تصح الشفعة فى المنافع حيث ترد الشفعة على الملكية الكاملة ،أو ملكية الرقبة ،ولا تجوز الشفعة فيما لايباع من الحقوق ، أما ما يباع منها فتجوز الشفعة فيه ،وذلك لأنه وان كانت الحقوق

كالمنافع لا تقبل البيع أصلا ،الا أن العرف جرى ببيع بعضها ،فاذا بيع حق مستقل تبعا للعرف فان الشفعة تجوز فيه (م١١٥٠) .

وتنص المادة ١١٥٢ على أنه لا شفعة فى المحقر الذى لا يضر فواته ،أى أن المشرع يمنع الأخذ بالشفعة فى المحقر وهو ما يتسامح الناس فى مثله ولا يكون له وزن فلا يترتب على التصرف فيه ضرر ، ومن ثم فقد نصت المادة على أنه لا شفعة فيه لانتفاء العلة .

أطراف التصرف:

لا يجوز الأخذ بالشفعة اذا كان التصرف قد تم لشفيع من طبقة أعلى من طبقة طالب الشفعة أو كان من نفس الطبقة الا أن به سبب أخص للأخذ بالشفعة .

أى أنه لا يجوز للشفيع طلب الشفعة اذا كان مشترى العين يفضل طالب الشفعة ،فلا يقبل طلب الشريك فى الطريق اذا كان التصرف قد تم للشريك فى العين أو للشريك فى الشرب والمجرى .

تعددالصفقات:

طبقا لنص المادة ١١٦٣ اذا تعددت الصفقات في العين المشفوعة ،فللشفيع الشفعة في الصفقة الأولى ، ويشارك في مابعدها ما لم يكن سببه أخص فهو أولى ٠

يبين النص حكم تعدد الصفقات في العين المشفوعة ، فاذا بيع بعض العين المشفوعة كصفقة أولى فان للشفيع طلب الشفعة فيها ، فان أسقط حقه في الشفعة وبيع بعض العين المشفوعة كصفقة ثانية ، فان الشفيع يشارك المشترى الأول في الصفقة التالية كشفيعين اذا تساووا في السبب ،فان كان سبب الشفيع أخص أو العكس،فان من كان سببه أخص فهو أولى ٠

واذا حدث اختلاف في كون المبيع صفقة واحدة أو أكثر فالقول قول المشترى في تعدد الصفقات (م ١٢٠٠) ٠ يبين النص حكم ادعاء تعدد الصفقات في العين المشفوعة فان القول في ذلك هو قول المشترى لأنه هو الذى اشترى فالظاهر معه وعلى الشفيع اثبات غير ما يدعيه المشترى ٠

ويثور التساؤل عن حكم الشفعة في حالة توالي البيوع ، أي في حالة تصرف المشتري في المبيع قبل أخذ الشفعة أو قبل علم الشفيع به .

تنص المادة ١١٧٧ على أنه " اذا تنوسخت العين المشفوعة بتصرفات متتالية ممن تلقوها قبل الطلب ، فليس للشفيع أن يطلب الا من الأخير بمدفوعه ، وليس للمشتري أن يتصرف بعد الطلب ، فان تصرف فلا يسري ذلك في حق الشفيع وله نقضه وتبطل كذلك كل حيلة قصد بها الاضرار بالشفيع .

يبين النص حكم توالي بيع العين المشفوعة من المشتري الى مشترآخر وهكذا حتى تستقر لدى المشتري الأخير قبل طلب الشفعة فيها ، فان طلب الشفعة يكون ــ اختصارا للاجراءات وتوحيدا للطلب ــ من المشتري الأخير بمدفوعه ان علم الشفيع بالتناسخ بصورة جلية ، والا فله طلب المشتري ، واذا طلب الشفيع من المشتري الأخير فليس للمشتري أن يتصرف في العين المشفوعة بعد الطلب واذا تصرف فان تصرفه لا يسري في حق الشفيع وله نقضه . وتبطل كل

حيلة قصد بها الاضرار بالشفيع ، فاذا ثبت فعلا أن الثمن فـــى العقد الاخير رفع رفعا حيليا غير حقيقى لتعجيز الشفيع اضرارا به فان الثمن الحقيقى هو الذى يلزمه دون الزيادة الصورية الـــتى تبطل لكونها حيلة .

ويقترب هذا الحكم من القانون المصرى الذى ينص فى المادة ٩٣٨ على أنه اذا اشترى شخص عينا تجوز فيها الشفعة ، ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة ،أو قبل أن يتم تسجيـــل هذه الرغبة ،فلا يجوز الأخذ بالشفعة الا من المشترى الثانـــى وبالشروط التى اشترى بها .

ملحوظـــة :

الجدير بالذكر فى هذا الصدد ان القانون المصرى لا يجيز الأخذ بالشفعة فى البيع:

١ ـ اذا تم بالمزاد العلنى وفقا لاجراءات رسمها القانـــون ، ذلك أن الشفيع بوسعه التقدم وحضور جلسة المزايدة ، والحكمـــة من منع الأخذ بالشفعة فى هذا البيع هو الحرص على أن يبـــاع

الشيء بأعلى سعر ممكن ،ولا شك أن اباحة الشفعة تهدد المشترين وتقعدهم عن المزايدة .

٢ ـ اذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية .

٣ ـ اذا كان البيع واقعا على عقار ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة .

وليس في القانون اليمني أية اشارة الى مثل هذه الأحكام .

الفصل الثالث

اجـــراءات الشفعـــة

تتسم اجراءات الشفعة بالبساطة فى القانون اليمنى ، وهـى تتمثل فى طلب الشفعة بمجرد العلم بالتصرف ، فاذا استجـاب المشترى تمت الشفعة بالتراضى ،واذا لم يستجب أمكن الالتجـاء الى القضاء للحكم له بالشفعة .

وعلى هذا نقسم دراستنا الى مبحثين : الأول : الشفعـة بالتراضى ، الثانى : الشفعة بالتقاضى .

المبحـث الأول

الشفعـــة بالتراضـى

القاعدة أن الشفعة تستحق بالطلب الصحيح ، وتملـك اذا سلم المشفوع منه للشفيع طوعا أو بالحكم بها من القضاء عنـد المرافعة اليه ،أى أن الشفعة بالتراضى تتم من خلال الطلـب ، وهذا ما سنعرض له .

من يوجه الطلب ؟

القاعدة ان الذى يوجه طلب الأخذ بالشفعة هو الشفيع ، والشفيع الذى يملك هذا الحق هو ذلك الشخص الذى يتوافر به سبب الشفعة لحين تملك العين المشفوعة أما بالتسليم له طوعا بها أو بحكم القاضى ،فاذا أزال عنه سبب الشفعة قبل ذلك عالما أو جاهلا سقط حقه فى الشفعة لزوال سببه .

ويلزم أيضا ألا يكون الشفيع قد تنازل عن الشفعة أو سقط حقه فيها لأى سبب من الأسباب التى سنعرض لها فى الفصل التالى .

واذا سقط أحد الشفعاء حقه قبل القضاء به ، فلمن بقى من الشفعاء أخذ نصيبه ،وان أسقطه بعد القضاء فليس لهم أخذه ، (م ١١٥٣) .

يبين النص بأن سقوط حق الشفيع فى الشفعة ، قبل الحكم له بها يجعل من حق الشفعاء الآخرين أخذ نصيبه لأنه لم يعد يزاحمهم فيها ، اما بعد الحكم للشفيع بالشفعة فيكون قد

تملك نصيبه فى العين المشفوعة فلا يجوز للشفعاء الآخرين أخذ ها بالشفعة لانقطاع حقهم فيها بتملك الشفيع له .

يجب أن تتوافر فى الشفيع أهلية التصرف لأن الشفعة عمل من أعمال التصرف حيث يترتب عليها شراء العين المشفوع فيها .

فاذا كان الشفيع ناقص الأهلية بسبب صغر السن أو مرض عقلى ، وجب أن ينوب عنه فى الأخذ بالشفعة نائبه القانونى سواء أكان وليا أو وصيا أو قيما .هذا بالاضافة الى اذن المحكمة اذا كان قانون الولاية على المال يتطلب ذلك .

وتنص المادة ١١٦٨ على ذلك صراحة بقولها : يقوم ولى الصغير ومن فى حكمه مقامه فى طلب الشفعة منه أو له .

وبالنسبة للشفيع الغائب يجوز أن يوكل عنه من يقدم طلب الشفعة له ،ويجب أن تكون الوكالة خاصة ،فالوكالة العامة لا تعطى الوكيل حق الأخذ بالشفعة لأن سلطته قاصرة على أعمال الادارة ، والشفعة عمل من أعمال التصرف .

وقد حرص المشرع على ضمان حق الشفيع ناقص الأهلية أو الغائب فى حالة تقصير الغائب أو الوكيل ، فنصت المادة ١١٥٦ ، على أنه لا تبطل الشفعة بتفريط الولى أو الوصى مطلقا ، ولا بتفريط الرسول أو الوكيل اذا لم يكن التفريط أو التراخى عادة لهما ، ولا تبطل بكل حيلة قصد بها حرمان الشفيع .

يبين النص أن الشفعة لا تسقط اذا فرط النائب عن الشفيع فى طلبها ان كان وليا أو وصيا مطلقا أى سواء كان التفريط عادة له أم لا وذلك حماية للصغير ومن فى حكمه أما ان كان رسولا أو وكيلا فيشترط لعدم سقوط الشفعة اذا فرط فى طلبها ان لا يكون التفريط أو التراخى عادة له ، لأنه ان كان عادته التفريط واختاره الشفيع البالغ لينوب عنه فانه يتحمل نتيجة اختياره فتسقط الشفعة حيث لا عذر للشفيع فى تفريط نائبه المفرط عادة ، أما اذا كان الرسول أو الوكيل ممن يعرف عنهم الحرص وعدم التفريط فان تفريطه يحمل على التواطؤ ، فلا يضار به الشفيع هذا ولا تبطل الشفعة بأى حيلة قصد بها حرمان الشفيع .

واذا غاب بعض الشفعاء يقضى بالشفعة فى جميع المشفوع فيه

لمن حضر ، فاذا حضر الغائب وطلب الشفعة قضى له بما يستحق (م١١٥٤) . أى أنه اذا طلب الشفعة أحد الشفعاء أو بعضهم وغاب البعض ، فانه يحكم بالشفعة كلها لمن حضر وذلك لأن الشفعة لا تتجزأ ولا يفرض على الحاضر انتظار الغائب بل يلزمه طلب الشفعة فى كل العين المشفوعة . فاذا حضر الشفيع الغائب وطلب الشفعة طلبا صحيحا فانه يقضى له بما يستحق ويشارك من حكم لهم بنصيبه .

ويجب طلب الشفعة من قبل جميع الشفعاء ، ولا يلزم الترتيب فى الطلب بحسب الترتيب فى الأسباب ، بل يلزم كل الشفعاء طلب الشفعة على الوجه المبين فى القانون (م١١٦٦) ، فكل من قام به سبب الشفعة شفيع يلزمه أن يبادر الى طلب المشترى دون انتظار لصاحب السبب الأقوى أو السبب الأخص . ومتى حصل الطلب فانه لا يعد تراخيا بالنسبة لطلب الشفعة أمام القضاء انتظار الحكم فى خصومه السبب الأخص .

عدم تجزئة طلب الشفعة :

تنص المادة ١١٦٧ على أن الشفعة لا تقبل التجزئة ، فيلزم الشفيع طلب الشفعة فى العين المشفوعة كلها الا اذا تعددت العين المشفوعة وقام سبب الشفعة بواحد من أفرادها أو تعدد المشترون ، فيجوز للشفيع طلب الشفعة فيما قام به سببها فى الحالة الأولى وطلب نصيب بعض المشترين فى الحالة الثانية .

واذا اشترى الواحد لجماعة ولم يضف اليهم فلا يعتبر هذا تعددا .

فالقاعدة العامة انه يجب على الشفيع أن يطلب المبيع بأكمله ، وليس له الحق فى أن يطلب بعض المبيع دون البعض الآخر حتى لا يضر ذلك بالمشترى ، فلو كان المبيع منزل أو أرض فلا يقبل من الشفيع ان يطلب الربع أو النصف بحجة أن الشفعاء الآخرين يمكنهم أخذ الجزء المتبقى .

أما اذا كانت العين المبيعة متعددة ، وقام سبب الشفعة بأحد أفرادها ، فان هذا الواحد كل مستقل بنفسه ولا يعد

طلبه تبعيضا للشفعة ٠ أى أنه اذا تم البيع صفقة واحدة متضمنا عدة أعيان يستقل كل منها عن الآخر، جاز للشفيع أن يأخذ منها العين التى يتوافر له شروط أخذها بالشفعة ٠مثال ذلك من يبيع عدة عقارات صفقة واحدة ومن بينها قطعة أرض لها جار يشترك فى حق الشرب معها ، هنا يحق لهذا الجار أخذ تلك الأرض بالشفعة .

الا أنه يشترط لذلك ألا تكون العقارات متصلة كالأرض وما تضمه من مبانى ،فلا يجوز طلب الشفعة فى أى منهما دون الآخر ، ولا يجوز كذلك طلب الشفعة فى أحد عقارات الصفقة ،اذا كونت مفردات الصفقة مجموعة اقتصادية متكاملة لتحقيق غرض معين على نحو يصعب فصل أحداها ، والا أدى ذلك الى تفويت الغرض منها ٠

واذا تعدد المشترون لكل منهم نصيب مفرز فانه يجوز طلب الشفعة فى نصيب أحدهم ولا يعد ذلك تبعيضا للشفعة ، اما أن تم شراء عقار لجماعة على الشيوع ، فان الشفيع يجب أن يطلب الشفعة فى كل العقار ، واذا طلب نصيب بعض المشترين اعتبر ذلك

تبعيضا للشفعة ٠

توقيت طلب الشفعة :

تنص المادة ١١٦٤ على أنه يلزم الشفيع الحاضر مجلس العقد أن يطلب الشفعة في المجلس ما لم يكن له عذر مقبول ، ويلزم الشفيع الغائب عن مجلس العقد أن يطلب الشفعة في مجلس علمه بالعقد ما لم يكن له عذر مقبول ، ويلزم من كان له عذر مقبول أن يطلب الشفعة من وقت زوال العذر ٠

يجب على الشفيع أن يسارع في طلب الشفعة بمجرد علمه بالبيع وعناصره في مجلس عقد البيع أو مجلس العلم به أو بعد ذلك ان كان هناك عذر قد منعه ، ويقدر القاضي هذا العذر ٠

فالشفعة حق يقتضي المواثبة والمسارعة ، فاذا وقع من الشفيع ما يدل على تراخيه في طلب الشفعة وعدم مواثبته اليها سقط حقه في الشفعة ٠ ومن ذلك انه اذا كان غائبا عن مجلس العقد وعلم به بشهادة كاملة على ذلك ولو بغير لفظ الشهادة أي أن يقول عدلان انه علم بالبيع ولم يبادر الى طلب الشفعة فان حقه يسقط ،

كذلك الشأن اذا علم بالعقد بخبر يفيد الظن وسكت عن طلب الشفعة مدة تزيد على ما يمكنه فيه طلبها .

والقول في كون الخبر الذى تلقاه الشفيع لا يفيد ظنه وقوع التصرف المثبت للشفعة قول الشفيع بيمينه وللمشترى تحليفه على ذلك ، فان أقر بحصول الظن أو نكل عن الحلف بعدم حصول ظنه سقط حقه في الشفعة (م ٩/١١٥٩) .

واذا اختلف الشفيع والمشفوع منه في العذر بالتراخى عن طلب الشفعة ، فان كان العذر مما يقبل البينة عليه ، فالقول قول المشترى في نفيه ، وان كان مما لا يعرف الا من جهة الشفيع وحده ، كظنه أن المبيع الآخر غير المشترى فالقول قول الشفيع (م ١١٩٥) .

يبين النص حكم ادعاء الشفيع أنه معذور في التراخى عن طلب الشفعة ، فان كان عذره مما يقبل اقامة البنية عليه كأن يدعى أنه كان في سفر فالقول للمشترى في نفى هذا العذر ، والبينة على الشفيع وحده هو الذى يعرفه ، كظنه أن المبيع لغير المشترى فالقول قول الشفيع بيمينه ، والبينة على المشترى لكى يثبت أن الشفيع علم بأن

البيع له علما يقينا ،واستفادة ظنا وظهر منه ما يدل على ذلك .

لمن يوجه الطلب:

يوجه طلب الشفعة الى مشترى العين المراد أخذها بالشفعة وليس الى البائع . وتعبر عن ذلك المادة ١١٦٤ بقولها : يكون طلب الشفعة من المشترى ،ولو كانت العين المشفوعة فى يد البائع ويصح طلبها من وكيل المشترى اذا لم يضف اليه ،فاذا سلم الوكيل العين المشفوعة للأصيل فلا يصح الطلب الا من الأصيل .

ويجب أن يكون طلب الشفعة فى جميع الأحوال من المشترى ولو كانت العين المشفوعة فى يد البائع لم يسلمها بعد للمشترى وذلك قطعا لكل خلاف ،ويعتبر فى حكم المشترى وكيله الذى اشترى باسمه دون أن يبين صفته كوكيل ، واذا سلم الوكيل العين للأصيل فيكون الطلب من الأصيل بعد أن ظهر أنه المشترى .

ويسقط الحق فى الشفعة اذا تم توجيه الطلب الى شخص آخر غير من يجب توجيه الطلب اليه ، وعلى ذلك فان طلب الشفعة من البائع أو وكيله وان كانت العين المشفوعة لا زالت فى يده ،هو طلب

من ليس له طلبه ،ويترتب عليه سقوط الحق في الشفعة . ونفس الحكم اذا تم توجيه الطلب الى وكيل المشترى بالرغم من أنه أعلن عن صفته كوكيل ،حيث ينبغي توجيه الطلب الى الأصيل .

وطلب الشفيع من ليس له طلبه يؤدى الى سقوط الحق في الشفعة اذا كان عالما بأن هذا مسقط لحقه ، فان كان جاهلا ذلك فان حقه لا يسقط (م ١١٥٩/٥) .

وطلب المخاصمة عند القاضي قبل طلب المشفوع منه لا يعتبر طلب من ليس له طلبه ،أى أن طلب الشفعة من المشترى أمام القضاء مباشرة يعتبر طلبا صحيحا ، لأن القاضي يمثل المشترى ، فلا يعتبر أن الشفيع قد طلب من ليس له طلبه .

واذا توالى بيع العين المشفوعة من المشترى الى آخرين حتى تستقر لدى المشترى الأخير قبل أن يطلب الشفيع الشفعة فيها ، هنا ينبغي على الشفيع - اذا كان قد علم بصورة جلية بتوالى البيوع - ان يطلب الشفعة من المشترى الأخير مدفوعة . أما ان لم يكن يعلم بتوالى البيوع ،فانه يمكنه طلب الشفعة من المشترى الأول .

واذا تم توجيه الطلب الى المشترى الأخير فليس لهذا المشترى ان يتصرف فى العين المشفوعة بعد الطلب واذا تصرف فان تصرفه لا يسرى فى حق الشفيع وله نقضه (م ١١٧٧) ٠

صيغة الطلب :

يجب أن تكون صيغة طلب الشفعة واضحة الدلالة على ذلك ، وان يكون اللفظ المستخدم معبرا بوضوح عن قصد الشفيع فى تملك العقار المشفوع فيه بالشفعة ٠

ويشترط القانون اليمنى أن يكون طلب الشفيع العين المشفوعة من خلال استخدام لفظ الشفعة ،ويسقط الحق فى طلب الشفعة اذا طلب الشفيع العين المشفوعة بغير لفظ الشفعة عالما ،أو ادعاؤه ملكيتها بغير الشفعة (م ١١٥٩/ ٦) ٠

أى أن حق الشفيع يتعرض للسقوط اذا طلب العين المشفوعة بغير لفظ الشفعة اذا كان عالما ان ذلك مسقطا لحقه فى الشفعة كأن يطلب شرائها ، أو أن توهب له ،مع علمه بأن ذلك يسقط حقه فى الشفعة ،فان كان يجهل ذلك وطلب شراء العين المشفوعة

على أنه استشفاع فيها ، واذا ادعى الشفيع ملكية العين المشفوعة بغير الشفعة فان ذلك يسقط حقه في الشفعة لأن ذلك يدل على أن الشفيع لا حاجة له في طلب الشفعة طالما أنه يملك العين المشفوعة .

ويلزم أن يطلب الشفيع الشفعة بصيغة نهائية وفورية وحاسمة ، اما أن كان طلب الشفيع مع شرط الخيار فيها أو نحوه ، فان ذلك يسقط حقه في الشفعة ، أي أنه اذا طلب الشفيع الشفعة مع شرط الخيار كان ذلك دليلا على عدم رغبته الفورية في الشفعة فيسقط حقه فيها ، وكذلك الشأن في كل ما يدل على تراخيه في طلب الشفعة (م ١١٥٩/ ١٠) .

التسلم بالشفعة :

يمكن أن يترتب على توجيه طلب الشفعة من الشفيع الى المشترى ان يتم التسليم بالشفعة بالتراضى ، ويكفى أن يتم التسليم بالشفعة بأى لفظ يدل عليه أو نحو ذلك كقبض الشفيع للعين المشفوعة (م ١١٧٩) من المشترى .

المبحث الثانـــــى

الشفعـــــة بالتقاضـــــى

ميعاد رفع الدعوى :

اذا لم يستجب المطلوب للشفعة طوعا ،كان للشفيع طلـــب مخاصمته أمام القضاء لتلك العين المشفوعة ٠

وان لم يرافعه فى مدة خمسة عشر يوما من وقت طلب الشفعـــة سقط حقه الا لعذر مقبول (م ١١٦٥) ٠

فاذا طلب الشفيع الشفعة من المشترى ،ورفض الاستجابة لـــه طوعا ، فانه يكون للشفيع طلب الشفعة أمام القضاء ٠

ويتعين تقديم الطلب القضائى أى رفع الدعوى خلال خمســة عشر يوما من وقت طلب المشترى بشخصه ٠ ويسقط حق الشفيع اذا تراخى فى رفع الدعوى عن الميعاد المذكور ، ما لم يكن لديه عـــذر مقبول ٠

ومن أمثلة العذر المقبول ، انتظار الحكم فى طلب الشفيـــع

الأخص سببا ، أى المتقدم عليه فى الشفعة ، فاذا رفض طلب الشفيع المقدم أى صاحب السبب الأخص ، وجب على الشفيع رفع الدعوى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ رفض طلب الشفيع السابق (م ١١٦٦) .

وقد يفضل الشفيع ـ بدلا من طلب الشفعة من المشترى ـ اللجوء الى القضاء مباشرة لطلب الشفعة . تحدد المادة ٣٦ من قانون الاثبات الشرعى المدة التى يلزم رفع دعوى الشفعة خلالها بقولها : لا تسمع الدعوى فى شفعة بعد مضى ثلاثة أيام للحاضر فى البلد العالم بالشراء ، وشهر للحاضر فى البلد غير العالم بالشراء ، وسنة للغائب عن البلد ، وتحسب المدة فى الحالة الأولى من يوم العلم . وفى الحالتين الثانية والثالثة من يوم الشراء مع ثبوت المشترى على المبيع ما لم يكن فى يده من قبل أو تظهر حيلة لكتمان الشراء .

وتحسب مدة السنة بالنسبة للقاصر ، (بوصفه فى حكم الغائب) من وقت بلوغه ، حيث القاعدة أنه اذا قصر وصى القاصر فى طلب الشفعة

للقاصر ، فللقاصر الطلب عند البلوغ .

المنازعة فى عناصر الشفعة :

قد تثور أمام المحكمة بعض المنازعات بين الأطراف حول عناصر الشفعة ، سواء فيما يتعلق بالسبب أو بالعوض ، لذا وضع المشرع بعض المبادىء التى تعين القاضى فى فض هذه المنازعات

١ - فيما يتعلق بسبب الشفعة تنص المادة ١١٩٦ على أنه اذا اختلف الشفيع والمشفوع منه فى نفى السبب ، أو فى نفى ملك الشفيع له ، فالقول قول المشترى .

يبين النص حكم نفى المشترى سبب الشفعة عن الشفيع ، أو فى نفى ملك الشفيع للسبب ، أى اذا ادعى المشترى أن الشفيع ليس لديه سبب يشفع به ، أو نفى ملك الشفيع للعين التى يستند اليها فى طلب الشفعة . هنا ينبغى الأخذ بقول المشترى مطلقا ، ويقع على الشفيع عبء اثبات وجود سبب الشفعة وملكيته له

واذا سلم المشترى بالشفعة للشفيع ثم ادعى انه لا يملك

السبب فلا تقبل دعواه (م ١١٩٧) ٠

أى أنه اذا سلم المشترى بالشفعة للشفيع بالتراضى ،فليس له الحق بعد ذلك فى رفع دعوى على الشفيع لينفى سبب الشفعة ، لأن فى تسليم المشترى بالشفعة اقرارا منه بقيام سببها ،فلا يقبل منه نفيه بعد ذلك ٠

وتأكيدا لنفس المبدأ الأول تنص المادة ١٢٠١ على أنه اذا تعدد الشفعاء لعين واحدة واختلف على ملك السبب لأحدهم فالبينة على مدعى الملك ٠

ويعد النص تطبيق للقواعد العامة حيث يقع عبء الاثبات على عاتق المدعى ، ومن ثم فانه فى حالة وجود أكثر من شفيع لذات العين ،وانكر البعض منهم وجود سبب للشفعة لدى أحد الشفعاء ، فانه يعتد هنا بقول من ينكر السبب لأن القول هو قول من ينفى الملك عن غيره ، فالأصل عدم الملك ،والبينة على من يدعى ملك السبب من الشفعاء ٠ أى أنه على الشفيع المعترض عليه عبء اثبات وجود سبب الشفعة لديه وملكيته لهذا السبب ٠

٢ ـ أما بالنسبة للعوض ، فالقاعدة أنه اذا اختلف الشفيع والمشترى فى قيمة العوض يوم العقد وكان من العروض فالقول قول الشفيع أو وارثه (م١١٩٨) .

يلتزم الشفيع بأن يدفع للمشترى المقابل الذى دفعه للبائع نظير الحصول على العين محل الشفعة ، ولا تثور صعوبة اذا كان هذا المقابل مبلغ من المال أو أى شىء مثلى آخر ، حيث يدفع الشفيع هذا المقابل كما هو مذكور فى العقد ، اما ان كان المقابل قيميا ، فالشفيع يلتزم بدفع قيمته للمشترى ، واذا ثار خلاف حول تحديد هذه القيمة (قيمة العوض) . فان القول قول الشفيع فى القيمة التى يراها ، أى يؤخذ بتقدير الشفيع لقيمة العوض ان كان من العروض القيمية . والبينة على المشترى فى اثبات القيمة التى يراها ، أى يقع على المشترى عبء اثبات القيمة التى يراها لذلك الغرض . ويتم تقدير القيمة يوم العقد .

وفى حالة الاختلاف يتم تقدير القيمة فى وقت طلب الشفعة بواسطة الخبراء (مقومين عدول) (م١١٧٠) .

قدرة الشفيع على دفع العوض

طبقا للمادة ١١٧٢ يشترط للحكم بالشفعة أن يكون الشفيع قادرا على دفع الثمن أو قيمته وقت الطلب ،ويحكم بالشفعة للشفيع القادر اذا غاب المشترى أوتمردعن الحضور .

أي أنه لا يكفى أن يطلب الشفيع الشفعة أمام المحكمة حتى تحكم له اذا توافرت شروطها ، بل ينبغى عليها أن تتأكد قبل الحكم بأنه قادر على دفع العوض وملحقاته وقت الطلب ،وليس بلازم أن يكون الشفيع موسرا ، أو يكون حائزا من النقد قيمة العوض وملحقاته ، وانما الشرط هو القدرة فيكفى أن يقدم ضامنا مقتدر اذا كان معسرا ، ويكفى أن يكون عنده من المال ما يمكنه بيعه لسداد قيمة العوض وملحقاته ،فاذا كان الشفيع مقتدرا على هذا النحو ، فانه يحكم له بالشفعة اذا غاب المشترى أو تمرد على الحضور .

واذا طلب المشترى أن يدفع له الشفيع ما يلزمه فلا يحكم له بالشفعة الا بعد أن يدفع للمشترى ،ما لم ير القاضى بناء على طلب الشفيع لعذر مقبول ،تأجيل الشفيع لأجل معلوم لا يزيد على عشرة أيام مع الحكم له بالشفعة ، وللقاضى أن يشترط على الشفيع بطلان الشفعة عند عدم دفعه فى الأجل (م١١٧٣) .

مؤدى ذلك أنه يجوز للمشترى أن يحضر مجلس القضاء ويطلب من القاضى الزام الشفيع ـ قبل الحكم له بالشفعة ـ بأن يدفع له العوض وملحقاته ، فى هذه الحالة لا يحكم القاضى بالشفعة الا بعد أن يدفع الشفيع ما يلتزم به .

ولكن يجوز للقاضى أن يحكم للشفيع بالشفعة مع منحه أجلا للسداد لا يزيد على عشرة أيام ، بناء على طلبه ، اذا كان له عذر مقبول تقدره المحكمة ، ويمكن للقاضى أن يشترط فى الحكم بطلان الشفعة فى حالة عدم قيام الشفيع بالسداد فى الأجل .
وذلك كله متروك لحسن تقدير القاضى لظروف الطرفين المشترى والشفيع .

وتتحفظ المادة ١١٧٤ بقولها : لا تبطل الشفعة بمطل الشفيع بعد الحكم له بها الا اذا شرط عليه القاضى ذلك عند عدم دفعه فى الأجل ، أو كان المشترى قد شرط عليه ذلك من قبل .

فالشفعة لا تبطل بعد الحكم بها للشفيع فى حالة عدم سداده للعوض فى الأجل المحدد له الا فى حالتين :

١ ـ اذا كان القاضى قد شرط عليه ذلك عند منحه الأجل

٢ ـ اذا كان المشترى قد شرط عليه ذلك وقبل الشفيع هذا الشرط .

ولكن ما الحكم اذا ماطل الشفيع ، الذى تم الحكم له بالشفعة ، فى السداد فى الموعد المحدد ، ولم يكن القاضى قد شرط عليه البطلان ؟

تجيب المادة ١١٧٥ بأنه اذا تمرد الشفيع أو ماطل بعد الحكم له ولا شرط عليه ، فللحاكم أن يمهله الى أجل معلوم ، والا حكم عليه من ماله أو من المشفوع .

معنى ذلك أنه اذا ماطل الشفيع فى السداد ولم يكن القاضى قد شرط عليه بطلان الشفعة فان للقاضى أن يمهله الى أجل آخر معلوم ، أو أن يحكم عليه فورا ، أو عند حلول الأجل الآخر بأداء عليه من ماله أو من المال المشفوع الذى تملكه بالحكم له بالشفعة فيه ، فان للقاضى أن يأمر ببيعه جبرا عليه لايفاء المشترى المستحق له من ثمنه .

الفصل الرابع

مبطلات الشفعة ومسقطاتها

يمكن أن يوجد سبب الشفعة وتتوافر شروطها ، الا أنه يجد أحد الأسباب التى تؤدى الى بطلانها أو سقوطها . وقد عرضت المادة ١١٥٩ لهذه الحالات بقولها : تبطل الشفعة ويسقط حق الشفيع فيها بأحد الأمور الآتية :

١ ـ التنازل عن الشفعة من الشفيع بعد العقد مالم يبن ذلك على اعتقاد مقبول كاعتقاده بطلان العقد ثم حكم القضاء بصحته ، أو يحط البائع عن المشترى بعض الثمن أو يظهر أو ينكشف خلاف ما أبلغ به فلا تسقط الشفعة .

أى أن الشفعة تسقط اذا تنازل عنها الشفيع ما لم يكن ذلك راجعا الى أمر كان السبب فى تنازله ثم تبين أن الحقيقة ليست كما فهم كاعتقاده بطلان العقد مبنيا على أسباب معقولة ثم حكم القضاء بعد ذلك بصحة العقد ، أو اذا حط البائع عن المشترى بعض الثمن ، أو اذا انكشف أن الحقيقة خلاف ما أبلغ به ، كما اذا

كان قد تنازل عن الشفعة لانه أبلغ بأن المبيع بعض العين ثم ظهر أنه كلها أو أبلغ بثمن معين ثم تبين أن الثمن انقص مما ابلغ به . فان تنازله فى مثل هذه الأحوال لا يسقط حقه .

وتورد المادة ١١٦٢ تطبيقا لذلك بقولها " اذا علم الشفيع ان المشفوع فيه بعض العين فاسقط الشفعة ، ثم ظهر أن المشفوع فيه كلها فله الشفعة فى الكل ، وكذا اذا علم الشفيع أن المشفوع فيه كل العين فأسقط الشفعة ثم ظهر أن المشفوع فيه بعضها فله الشفعة" .

فهذه المادة تطبيق للمبدأ السابق القائل بأنه اذا كان تنازل الشفيع مبنيا على اعتقاد مقبول ، ثم ظهر أن هذا الاعتقاد غير صحيح ، فان حقه فى الشفعة لا يسقط ، وعلى هذا اذا علم الشفيع أن المبيع بعض العين فأسقط الشفعة ، ثم ظهر أن المبيع كلها فان حقه لا يسقط ، وكذلك الشأن فيما اذا علم أن المبيع كل العين المشفوع فيها فأسقط حقه فى الشفعة ، ثم ظهر أن المبيع بعضها فان حقه فى الشفعة لا يسقط .

٢ ـ تسقط الشفعة اذا ملك الشفيع الشفعة للمشتري أو لغيره ،أو يتنازل عنها لايهما بمقابل أو بغير مقابل ، ولو كان قد طلبها ،ولا يلزم العوض الا اذا كان من المشتري .

معنى ذلك أن حق الشفيع ينقضي اذا قام بتمليك الشفعة للمشتري أي تصرف فيها له أو لغيره ،أو تنازل عنها لايهما بمقابل أو بدون مقابل ولو كان قد طلبها ، لأن ذلك يدل على تنازله عنها ،ويستحق الشفيع العوض اذا كان من المشتري لأن الشفيع تنازل له عن حقه فعلا ،أما غير المشتري فلا يلزمه العوض.

فالنزول عن الشفعة جائز في أي وقت سواء قبل التصرف المنشيء لها ،أو بعد طلبها وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى ، والنزول قد يكون بمقابل أو بدون مقابل لأن الحق في الشفعة تطبق عليه الأحكام التي تجري على الحقوق المالية .

والنزول عن الشفعة قد يكون صريحا باعلان من جانب الشفيع عن ارادته بالنزول ، وقد يكون ضمنيا يستشف من أي عمل أو تصرف يكشف عن نزوله عن حقه ،وذلك كان يستأجر الشفيع العين محل

الشفعة من المشترى ، أو يتفق معه على تقرير حق ارتفاق لهـــا على أرضه . ويستدل على النزول الضمنى ،بواسطة القرائن المستفادة من وقائع الحال ،ويجوز اثباته بكل الطرق .

وتؤكد المادة ١١٦١ مبدأ أحقية تنازل الشفيع عن الشفعــة بقولها أنه اذا صالح الشفيع المشترى عن الشفعة على عـــوض بطلت الشفعة ويستحق العوض.

أى أن تصالح الشفيع مع المشفوع منه على الشفعة فى مقابــل عوض يسقط حقه فى الشفعة ، ويستحق الشفيع العوض من المشترى فى مقابل حقه فى الشفعة الذى تنازل عنه ،لأن الشفعة حق يقبل التنازل عنه بعوض من المستفيد من ذلك وهو الشفيع .

٣ ـ يسقط الحق فى الشفعة اذا ترك الشفيع الحاضـــر مجلس العقد طلب الشفعة فى المجلس . ويعد ذلك تطبيق لنزول الشفيع الضمنى عن الحق فى الشفعة .

فالشفيع يحضر مجلس العقد الذى يتصرف فيه المالك فـــى

العين محل الشفعة للمشترى ، الا أنه لا يطلب الشفعة فى هذا المجلس . ذلك أن الشفعة تقتضى المواثبة والمسارعة والتراخى عن طلبها فى مجلس العقد من الحاضر فيه يدل على تركه لها .

٤ ـ يسقط الحق فى الشفعة اذا تولى الشفيع العقد المثبت للشفعة عن غيره .

ولا يسقط حقه فى طلب الشفعة اذا تولى العقد وكان وليا أو وصيا أو وكيلا عن الغير ، كما لا يسقط حقه اذا جعل الخيار له من طرفى العقد أو من أحدهما فقط وانفذه .

معنى ذلك أنه اذا تولى الشفيع العقد المثبت للشفعة عن غيره بأن كان هو البائع نيابة عن غيره فيما له هو فيه شفعة ، فان ذلك يدل على أنه لا يرغب فى الشفعة والا لاشترى المبيع لنفسه .

ولكن حقه فى الشفعة لا يسقط اذا كان وليا أو وصيا او وكيلا عن الشفيع فان له وان كان قد باشر عقد البيع عن الغير أن يطلب الشفعة للمشمول بولاية أو وصاية أو لموكله ، فالذى يسقط بتوليه

العقد المثبت للشفعة عن الغير هو حقه نفسه ان كان شفيعا أما حق الغير الذى ينوب عنه فلا يسقط منعا لشبهة التواطأ ٠

كذلك لا يسقط حق الشفيع فى الشفعة اذا جعل له طرفا العقد أو احدهما الخيار ، فانه اذا اختار نفاذ العقد وكان شفيعا فان له طلب الشفعة لنفسه أو لمن ينوب عنه ٠

وتعالج المادة ١١٥٨ نفس الغرض بقولها " لا تبطل الشفعة بشراء الشفيع لنفسه ماله فيه الشفعة لأن شراءه استشفاع ماله فيه شفعة بوكالة أو ولاية ويطلب نفسه ما لم يضف الى الموكل ، ولا يحتاج فى طلب نفسه الى شهادة أو مرافعة ، ولا يسلم المبيع الى نفسه وانما يملكه بالحكم أو تسليم الموكل " ٠

يبين النص حكم مباشرة الشفيع للعقد الذى تثبت به الشفعة فان كان يشترى لنفسه ماله شفعة فهو استشفاع لا يحتاج الى طلب أو حكم ٠

وان كان يشترى لغيره بولاية أو وصاية أو وكالة فلا تسقط

الشفعة بل تبقى ويكون له طلب نفسه وليا أو وصيا أو وكيلا ما لم يكن قد أضاف للموكل لفظا فيكون طلبه للشفعة فى هذه الحالة من الموكل .

وفى جميع الأحوال لا يسلم الشفيع المبيع الى نفسه وانما يملكه بالحكم أو بتسليم الموكل اذا كان وكيلا ، ومن ثم فانه لا يستفاد من مباشرة الشفيع العقد عن غيره بالشراء أو نحوه تنازله عن الشفعة .

٥ ـ يسقط الحق فى الشفعة اذا طلبها الشفيع ممن ليس له طلبه وهو عالم بذلك ، فان كان جاهلا ذلك ، فان حقه لا يسقط .

وطبقا للمادة ١١٦٤ يكون طلب الشفعة من المشترى ولو كانت العين المشفوعة فى يد البائع ، ويعتبر فى حكم المشترى وكيله الذى لم يصف اليه حتى يتم تسليم العين المشفوعة للأصيل فيكون الطلب منه ، اذ بالتسليم يتبين الشفيع أن العقد للأصيل لا للوكيل .

وطبقا لما تقدم فان الشفيع الذى يطلب الشفعة من البائع ولو كانت العين المشفوعة لا تزال فى يده حرة طلب من ليس له طلبه ،فيسقط حقه فى الشفعة اذا كان عالما بأن ذلك مسقط لحقه

وقد اختار المشرع اليمني ذلك توحيدا للطلب ولأن المشترى هو المستهدف بالشفعة لا البائع .

وطلب الشفعة من المشترى أمام القضاء مباشرة يعتبر طلبا صحيحا ، لأن القاضي يمثل المشترى ، فلا يعتبر أن الشفيع قد طلب من ليس له طلبه ولا يسقط حقه فى الشفعة .

٦ - يسقط الحق فى الشفعة اذا طلب الشفيع العين المشفوعة بغير لفظ الشفعة عالما ، أو ادعاؤه ملكيتها بغير الشفعة .

فطلب الشفيع العين المشفوعة بغير لفظ الشفعة اذا كان عالما أن ذلك مسقطا لحقه فى الشفعة يترتب عليه سقوطه هذا الحق ، وذلك كأن يطلب شراءها ، أو أن توهب له .

وان كان يجهل أن ذلك يسقط حقه فى الشفعة ، حمل طلب شراء العين المشفوعة على أنه استشفاع فيها ، واذا أدعى الشفيع ملكية العين المشفوعة بغير الشفعة فان ذلك يسقط فى الشفعة لأن ذلك يدل على أن الشفيع لا حاجة له فى طلب الشفعة طالما

انه يملك العين المشفوعة ٠

٧ ـ يسقط الحق فى الشفعة اذا طلب الشفيع بعض العين المشفوعة اذا كان عالما ،الا اذا تعددت العين المشفوعة أوتعدد المشترون طبقا للمادة ١١٦٧ ولا يعتبر شراء الواحد لجماعة تعددا ما لم يضف اليهم صراحة ٠

فالشفعة لاتقبل التجزئة على نحو يضر بالمشترى ، ومن ثم اذا طلب الشفيع بعض العين المشفوعة عالما بذلك فان حقه فى الشفعة يسقط ،الا اذا تعددت العين المشفوعة وطلب الشفيع احداهـا كاملة فان ذلك لايعتبر تبعيضا يضر المشترى ، وكذلك الشـأن اذا تعدد المشترون وطلب الشفيع نصيب أحدهم ، فان ذلـك لا يعتبر تبعيضا يسقط حق الشفيع فى الشفعة ، وقد بينا ذلـك تفصيلا فى الفصل السابق ٠

٨ ـ يسقط الحق فى الشفعة اذا خرج سبب الشفعة من ملـك الشفيع عالما أو جاهلا باختياره أو بدون اختياره قبل الحكم لـه بالشفعة أو التسليم له طوعا ٠

فالشفعة معلقة على بقاء سببها لحين تملك الشفيع للعين المشفوعة اما بالتسليم له طوعا بها أو بحكم القاضي ، فاذا زال عنه سبب الشفعة قبل ذلك عالما أو جاهلا سقط حقه في الشفعة لزوال سببه .

ويلزم لميلاد الشفعة وجود السبب المنشئ لها أى توافر صفة الشفيع وتتمثل في الشركة على الشيوع سواء في أصل العين أو في حق من حقوقها . ويجب أن تكون ملكية الشفيع للحصة الشائعة سابقة على التصرف موضوع الشفعة ، وان تظل هذه الملكية قائمة الى أن يتملك الشفيع العين المشفوع فيها قضاء أو رضاء ، فاذا باع الشفيع نصيبه بعد أن طلب الشفعة وقبل أن يحكم له بها سقط حقه في الشفعة لزوال سببها .

٩ - يسقط الحق في الشفعة اذا تراخى الشفيع الغائب عن مجلس العقد بعد علمه به بشهادة كاملة على التصرف ولو بغير لفظ الشهادة ، أو تراخيه بعد علمه بالعقد بخبر يفيد الظن مدة تزيد على ما يمكنه فيه طلب الشفعة ، ما لم يكن معذورا فمن وقت

زوال العذر .

والقول قول الشفيع اذا ادعى عدم حصول الظن وللمشترى تحليفه على ذلك .

الشفعة حق يقتضى المواثبة والمسارعة ، فاذا وقع من الشفيع ما يدل على تراخيه فى طلب الشفعة وعدم مواثبته اليها سقط حقه فى الشفعة .

ومن ذلك أنه اذا كان الشفيع غائبا عن مجلس العقد وعلم به ولم يبادر الى طلب الشفعة فان حقه يسقط . ويجب وجود شهادة كاملة على علم الشفيع بالشفعة ولو بغير لفظ الشهادة أى بأن يقول عدلان أن الشفيع علم بالبيع .

ويسقط حق الشفيع كذلك اذا علم بالعقد بخبر يفيد الظن وسكت عن طلب الشفعة مدة تزيد على ما يمكنه فيه طلبها ، ويقدر القاضى المدة الكافية لطلب الشفعة فى هذه الحالة .

والقول فى كون الخبر الذى تلقاه الشفيع لا يفيد ظنه وقوع

التصرف المثبت للشفعة قول الشفيع بيمينه ، وللمشترى طلب تحليفه على ذلك ، فان أقر بحصول الظن أو نكل عن الحلف بعدم حصول ظنه ، سقط حقه فى الشفعة .

١٠ – يسقط الحق فى الشفعة اذا طلب الشفيع الشفعة مع شرط الخيار فيها أو نحوه . أى أنه اذا طلب الشفيع الشفعة مع شرط الخيار كان ذلك دليلا على عدم رغبته الفورية فى الشفعة فيسقط حقه فيها ، وكذلك الشأن فى كل ما يدل على تراخيه فى طلب الشفعة .

١١ – يسقط الحق فى الشفعة اذا لم يكن الشفيع قادرا على دفع الثمن وملحقاته فطلب الشفعة لا يكون سببا فى الاضرار بالمشترى ومن ثم فان الشفيع غير القادر على دفع الثمن وملحقاته وقت طلب الشفعة يسقط حقه فى طلبها لعدم قدرته على أداء ما قام على العين المشفوعة من العوض والمؤن ، وهذا يضر المشترى ولا ضرر ولا ضرار فى الاسلام . وقد عرضنا لذلك فى الفصل السابق .

١٢ – يعتبر تسليما من الشفيع كل ما يدل على عدم الرغبة

فى الشفعة ،وتبطل به الشفعة ويسقط حق الشفيع (م ١١٦٠) .

ينص المشرع على حكم عام مؤداه أن كل ما يؤخذ منه أن الشفيع لا يرغب فى الشفعة تبطل به الشفعة ويسقط حقه فيها ، فاذا ذهب الى المشترى وهنأه بالشراء وبارك له فيه ، فان ذلك يسقط حقه فى الشفعة لدلالته على أنه لا يرغب فيها ،وقس على ذلك .

١٣ ـ يسقط الحق فى الشفعة اذا كان البائع قد عرض على الشفيع فرغب عن الشراء .

حالات لا يسقط فيها الحق فى الشفعة:

هناك بعض الحالات التى استبعدها المشرع صراحة كأسباب قد تثير اللبس حول امكانية تأثيرها على سقوط الحق فى الشفعة ، وهى :

١ ـ لا تبطل الشفعة بموت المشفوع منه مطلقا ، ولا بموت الشفيع بعد الطلب أوقبل العلم بالبيع ، أو بعده ، قبل التمكن من طلب الشفعة ،وتورث الشفعة فى هذه الأحوال ويلزم طلب كل الورثة ، أو أحدهم بالوكالة (م ١١٥٥) .

يتضح من النص أن موت المشفوع منه وهو المشترى ومن فى حكمه لا يسقط الشفعة مطلقا ، وتمارس فى مواجهة ورثته .

وكذلك الحكم بالنسبة لموت الشفيع ،فهو لا يؤدى الى سقوط الحق فى الشفعة ، سواء حدث قبل العلم بالبيع أو بعد العلم به مع عدم التمكن من الطلب أو بعد الطلب . فالشفعة لا تسقط فى كل هذه الأحوال لأنه لم يصدر من الشفيع ما يدل على اسقاطه لها .

أما اذا كان الشفيع قد علم بالشفعة ومات قبل أن يطلبها مع أنه كان لديه الوقت وامكانية الطلب ،فان ذلك يستفاد منه عزوفه عن الشفعة فتسقط .

ويظهر مما تقدم أن الشفعة تورث ، فهى لا تسقط لمجرد موت الشفيع وانما على تقدير سقوط حقه فيها لعلمه بثبوتها أو سكوته عن الطلب مع التمكن منه .

ومتى ورثت الشفعة فيلزم أن يطلبها جميع الورثة ،فلا تقبل

من أحدهم أو بعضهم وانما يجوز لهم توكيل أحدهم فى طلبها .

ولقد أحسن القانون اليمنى بنصه هذا الموافق للـــرأى الراجح فى الفقه الاسلامى ،فقد اثارت تلك المسألة الكثير مـــن الخلاف فى الفقه والقضاء المصرى بسبب عدم وجود نص واستقر قضاء محكمة النقض، يؤيدها فى ذلك غالبية الفقه ،على اعتبار الشفعـــة حقا ماليا يخضع للتوارث شأن بقية الحقوق المالية ، وتقرر فـــى حكمها .

وحيث أن الأصل فى القوانين الوضعية ان من ترك مـــالا فلورثته ، ولهذا خلت القوانين الوضعية من النص فيها على مـــا ينتقل للورثة من الخيارات المختلفة ، لأن الأصل فيها جميعـــا الانتقال للورثة ،الا ما كان خاصا بذات صاحب الخيار فيسقـــط بالموت .

وكما خلا القانون المصرى من حكم خيار العيب وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الاسترداد الوراثى وخيار المدين دفع ثمن الدين لمشتريه ،كذلك خلا قانون الشفعة من النص على حكم خيار

الشفيع أينتقل أو لا ينتقل ،فالقول الفصل فيها جميعا أنها تنتقل قانونا الى ورثة صاحب الخيار لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجرى الأصل ٠

وحيث أن الأصل كذلك فى الشريعة الاسلامية ـ على مذهب جمهور الفقهاء ـ هو أن تورث الحقوق والأموال الا ما قام دليل على مفارقة الحق فى هذا المعنى للمال ٠ أما الحنفية منهم ، فالأصل عندهم أن يورث المال دون الحقوق ، لأن الذى ثبت عن الشارع هو قول الرسول الكريم : من ترك مالا فلورثته ،الا ما قام دليله من الحاق الحقوق بالأموال ٠ فموضع الخلاف بين الائمة هل الأصل هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا ، فأبو حنيفة وأصحابه يذهبون الى أن الوارث يكون له ما كان للمورث من الخيارات فى خيار العيب وخيار فوات الوصف المرغوب فيه وخيار التعيين وخيارات أخرى ، لا على اعتبار أن الذى ينتقل الى الورثة هو حق من الحقوق ، بل على اعتبار أن المنتقل اليهم عين التصقت بها حقوق ففى خيار العيب وخيار فوات الوصف ، السبب الحامل على الخيار قائم بالعين بعد موت المورث كما كان قائما قبله ٠

أما خيار الشفعة فليس متعلقا بالعين المشفوع فيها ولا حقا لها بل هو راجع الى محض ارادة الشفيع فان شاء أخذ وان شاء ترك ، فهو لا ينتقل الى الوارث لانه ليس بمال ولا فى معنى المال .

أما جمهور الفقهاء ومنهم الائمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد فاصلهم أن الحقوق والاختصاصات والخيارات قررت كما قررت الأموال الا ما كان صفة خاصة بذى الخيار ، كخيار الاب فى رد هبته فلا يورث لانه خيار راجع الى صفة فى الاب لا توجد فى غيره وهى الأبوة فسبب خلافهم اذن فى خيار دون خيار ، على ما يقوله الامام ابن رشد ، انه من انقدح له فى شىء منها انه صفة للعقد ورثة ، ومن انقدح له صفة خاصة لذى الخيار لم يورثه .

وحيث أن مذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة فى انتقال الخيارات وانتقال الأموال والحقوق الى الورثة هو الذى يلائم مذهب القانون المصرى فيما جرى به من توريث الأموال والحقوق المتعلقة بالأموال والحقوق المجردة ، والمنافع والخيارات والمزاعم والدعاوى وآجال الديون ، فمن مات وعليه دين مؤجل فلا يحل

أجل الدين بموته لأنه حق استفاده المدين حال حياته ، فينتقل بعد موته الى ورثته ميراثا عنه .

والمنافع المملوكة لشخص اذا مات قبل استيفائها يخلفه ورثته فيما بقى منها، ولهذا لا تنفسخ الاجارة بموت المستأجر أو المؤجر فى أثناء المدة ، ومن أعطيت له أرضا ليحييها بالزراعة أو العمارة فحجرها ولم يباشر فيها عمل الاحياء وكان ذلك قبل مضى ثلاث سنوات حل وارثه محله فى اختصاصه بها وأوليته باحيائها ، و اذا مات الدائن المرتهن انتقلت العين المرهونة الى يد وارثه وانتقل معها حق حبسها حتى يستوفى الدين . وهذا كله صحيح فى مذهب القانون وجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة ، وغير صحيح فى مذهب أبى حنيفة . والخلاصة أن حكم القانون فى خيار الشفعة هو انتقاله الى الورثة كرأى جمهور أولئك الفقهاء والأئمة "

٢ ـ لا تبطل الشفعة بتفريط الولى أو الوصى مطلقا ، ولا بتفريط الرسول أو الوكيل اذا لم يكن التفريط أو التراخى عادة لهما ولا تبطل ، بكل حيلة قصد بها حرمان الشفيع (م ١١٥٦) .

يبين النص أن الشفعة لا تسقط اذا فرط النائب عن الشفيع في طلبها ان كان وليا أو وصيا مطلقا أى سواء كان التفريط عادة له أم لا وذلك حماية للصغير ومن في حكمه .

أما ان كان رسولا أو وكيلا فيشترط لعدم سقوط الشفعة اذا فرط في طلبها ان لا يكون التفريط أو التراخي عادة له لأنه اذا كانت عادته التفريط واختاره الشفيع البالغ لينوب عنه فانه يتحمل نتيجة اختياره فتسقط الشفعة حيث لا عذر للشفيع في تفريط نائبه المفرط عادة .

أما اذا كان الرسول أو الوكيل ممن يعرف عنهم الحرص وعدم التفريط فان تفريطه يحمل على التواطؤ فلا يضار به الشفيع هذا ولا تبطل الشفعة بأى حيلة قصد بها حرمان الشفيع .

٣ ـ لا تبطل الشفعة بالفسخ لعيب أو غيره بعد الطلب في وجه المشتري (م ١١٥٧) .

يواجه النص فرض فسخ التصرف في العين موضوع الشفعة .

اذا وقع الفسخ قبل طلب الشفعة فيه ،تنتفى مظنة التواطؤ عن هذا الفسخ ويزول العقد ويزول معه ثبوت الشفعة للشفيع •

أما اذا كان الفسخ بعد طلب الشفعة فقد قامت به مظنة تواطؤ البائع مع المشترى على اسقاط حق الشفيع ومن ثم لا تبطل الشفعة به •

٤ ـ اذا أسقط أحد الشفعاء حقه قبل القضاء به ، فلمن بقى من الشفعاء أخذ نصيبه وان أسقطه بعد القضاء فليس لهم أخذه • (م ١١٥٣) •

يبين النص أن سقوط حق الشفيع فى الشفعة ، قبل الحكم له بها يجعل من حق الشفعاء الآخرين أخذ نصيبه لأنه لم يعد يزاحمهم فيها ، اما بعد الحكم للشفيع بالشفعة فيكون قد تملك نصيبه فى العين المشفوعة فلا يجوز للشفعاء الآخرين أخذها بالشفعة لانقطاع حقهم فيه بتملك الشفيع له •

٥ ـ لا تبطل الشفعة بأى حيلة قصد بها حرمان الشفيع من حقه فيها • مثال ذلك التصرف الصورى بين البائع والمشترى كأن يتم اخفاء التصرف فى صورة هبة ،أو كأن يتم تضمين العقد ثمن صورى مبالغ فيه حتى يعجز الشفيع عن دفعه •

الفصل الخامس

آثار الشفعة

يترتب على الأخذ بالشفعة نشوء علاقة تعاقدية بين الشفيع والمشتري، تتمثل هذه العلاقة في شراء الشفيع العين محل الشفعة من المشتري، ينشأ عن هذه العلاقة كل ما ينشأ من آثار على عقد البيع بين البائع والمشتري.

ويمكن اجمال هذه الآثار في التزام الشفيع بدفع الثمن وملحقاته، وحقه في تملك الشيء المشفوع فيه وتسلمه وكسب ثماره هذا بالاضافة الى حقه في الضمان، وأخيرا ينبغي بيان حكم الغراس في العين وما قد يصيبها من هلاك أو تلف.

أولا

تملك الشفيع للعين المشفوع فيها

تنص المادة ١٧٨ (على أنه لا يتملك الشفيع العين المشفوعة الا بتسليم المشتري بالشفعة بالتراضي أو بحكم القاضي

وتضيف المادة ١١٨٠ أنه اذا ثبت الملك للشفيع بالتسليم بالتراضى ،أو بحكم القاضى تبعته أحكام الملك ، ويعتبر الاخذ بالشفعة بمنزلة شراء مبتدأ يثبت فيه ما يثبت بالشراء .

يطلب الشفيع العين المشفوعة فيها من المشترى لها ،وذلك اعمالا لحقه فى الشفعة ، اذا سلم المشترى له بذلك وتم الاتفاق بينهما ، فان الشفيع يتملك العين بالتراضى .

واذا لم يقبل المشترى التسليم بحق الشفيع ، فان الشفيع يضطر الى رفع دعوى قضائية لتقرر المحكمة حقه فى الشفعة ، هنا يتملك الشفيع العين بموجب حكم القاضى .

وفى الحالتين يعتبر الأخذ بالشفعة ، سواء بالتراضى ،أو بحكم القاضى ،بمثابة شراء مبتدأ يثبت فيه ما يثبت بالشراء ، أى أن ملكية العين تنتقل من المشترى الأصلى (الذى يصبح بائعا) الى الشفيع بوصفه مشتريا منه أى بناء على عقد البيع الذى يقوم بينهما بالتراضى أو بحكم المحكمة .

والقاعدة أن عقد البيع ــ اذا كان مستوفيا أركانه وشروط صحته

ـ يترتب عليه فى الحال تملك المشترى للمبيع (م٤٩٤) . الا اذا كان نقل ملكية المبيع الى المشترى يتوقف على تنظيم كتسجيل أوقيد ، فان البائع يكون ملزما بالقيام بما يقتضيه ذلك حتى يتم نقل الملكية الى المشترى (م٤٩٨) .

أى أن الملكية فى حالة الأخذ بالشفعة ، تنتقل وفقا لقواعد انتقال الملكية فى عقد البيع ، فاذا كان المشفوع فيه عقارا فانه يلزم تسجيل سند التراضى على الشفعة أو حكم القضاء الصادر لمصلحة الشفيع ، وذلك حتى تنتقل اليه الملكية نتيجة لهذا التسجيل .

ويتفق حكم القانون اليمنى مع الرأى الراجح فى الفقه الاسلامى حيث يرى " أن الشفعة بمثابة الشراء الجديد ، ويملك الشفيع العقار المشفوع فيه من وقت التراضى أو من وقت صدور الحكم من القاضى ، ولا ملك له قبل ذلك ، وانما الملك للمشترى لأن سبب الملك قائم وهو الشراء ، كما يعد الحكم القضائى أنه قد حول أو نقل الصفقة من المشترى الى الشفيع ".

وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية بقولها : اذا كان

حق الشفيع فى طلب الأخذ بالشفعة انما ينشأ بالبيع مع قيـــام المسوغ ، فان العين المشفوعة لاتصير الى ملك الشفيع ،فى غير حالة التراضى ، الا بالحكم النهائى الذى يقضى بالشفعة ، ذلـك أن المشرع عندما جعل الحكم بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع ، أى السبب القانونى المنشىء لحق الملكية ، الا دليل الملكيـــة أو حجيتها ، فانه يترتب على ذلك أن ملك الشفيع للعقار المشفوع فيه لا يصير الا بعد هذا الحكم لا قبله لأن المسبب لا يوجد قبل سببه ولأنما جعله المشرع منشئا للحقوق لا ينسحب على الماضى .

وقررت كذلك أن ملكية الشفيع للعين المشفوع فيها لا تنشـأ الا برضاء المشترى بالشفعة أو بالحكم الصادر بها ،وان هـــذه الملكية لا يرتد أثرها الى تاريخ البيع الحاصل للمشترى ولا الـــى تاريخ المطالبة بالشفعة .

أى أن ملك الشفيع للعين المشفوعة لا يكون الا من وقت التراضى أو صدور حكم القاضى . وتكون الملكية قبل ذلك للمشترى ،لـــذا فان الملكية تنتقل الى الشفيع من المشترى وليس من البائـــع ،

ومن ثم فالحكم بالشفعة ينقل الملكية من المشترى الى الشفيع من تاريخ صدوره .

ثانيا

استحقاق الشفيع للثمار والفوائد

تنص المادة ١١٩٠ على أنه يستحق الشفيع الفوائد الأصلية المتصلة بالمبيع ان حكم له بها أوسلمت طوعا ، أما الفوائد المنفصلة فهى للمشترى فيما عدا الحالات الآتية :

١ ـ اذا كان الشفيع خليطا فى العين المشفوعة وشملها العقد فهى له .

٢ ـ اذا شملها العقد والشفيع خليط فى الشرب والطريق فهى للمشترى ويحط بحصتها فى الثمن .

٣ ـ اذا لم يشملها العقد والشفيع خليط فى الأصل فتوزع على الحصص .

٤ ـ اذا كان الشفيع خليطا فى الشرب والطريق فقط فهى للمشترى ولا يحط شىء من الثمن .

يبين النص حكم الثمار أو فوائد العين الأصلية المتصلة بهـا والمنفصلة عنها عند التسليم للشفيع بالشفعة بالتراضى أو بحكـم المحكمة ٠

ويقصد بالفوائد الأصلية كل ما يتولد عن الشئ ذاته بحسب طبيعته ٠ مثال ذلك الولد والصوف واللبن والثمر (١٥٤٨) ٠

بالنسبة للفوائد الأصلية المتصلة بالعين المشفوع فيها يستحقها الشفيع مطلقا لأنه يتملك العين المشفوعة بحالتها وما عليها مـن الثمار ونحوها ،ويثبت حق الشفيع فى تلك الفوائد بمجرد الحكم لـه بالشفعة أو تسليمها طوعا من المشترى ٠

أما عن الفوائد المنفصلة ، أى التى انفصلت عن العين المشفوعة قبل تملك الشفيع لها ، فتكون من حق المشترى ،باستثناء الحالات الاتية :

١ ـ اذا كان بيع العين المشفوعة يشمل فوائدها أو كـان الشفيع شريكا للبائع فى ملكية هذه العين ، فانها تدخل ضمـن المبيع الذى يتملكه الشفيع بالشفعة ولو كانت منفصلة ٠

٢ ـ اذا شمل العقد الفوائد ونص عليها فيه ، ولم يكن الشفيع شريكا فى العين المشفوعة ولكنه شريك فى الشرب والطريق ، تكون الفوائد للمشترى ، ولكن يحط بحصتها من الثمن ، أى ينقص من الثمن الواجب دفعه من الشفيع الى المشترى ما يعادل قيمة هذه الفوائد المنفصلة التى حصل عليها المشترى .

٣ ـ اذا لم يشمل العقد الفوائد ، وكان الشفيع شريكا فى الأصل ، فان الفوائد المنفصلة توزع على الشركاء كل بنسبة حصته .

أما اذا كان الشفيع شريكا فى الشرب والطريق فقط ، فان الثمار المنفصلة تكون للمشترى ، ولا يحط من الثمن بحصتها لأنه لم يقابلها شئ من الثمن ، وقد تملكها المشترى لأنها انفصلت عن العين المشفوعة ، وهى ملكه لأنها ثمار ما يملك ، وذلك قبل أن يؤول هذا الملك الى الشفيع بالتراضى أو بحكم القاضى .

وتنص المادة ١١٩١ على أن ما غرمه المشترى على الفوائد الأصلية يلزم الشفيع بقدر ما استحقه منها مع التسليم له بالشفعة بالتراضى أو الحكم له بها .

يبين النص حكم المصروفات التي قد يكون المشتري انفقها على الفوائد الأصلية . يلتزم الشفيع بأن يؤدي الى المشتري ما انفقه في سبيل القدر من الفوائد التي عادت عليه بسبب الشفعة .

أما عن <u>الفوائد الفرعية</u> ، وهي ما يأتي نتيجة استعمال الشيء أو استغلاله أو التصرف في منافعه كالحصول على غلته من الزراعة للأرض أو تأجيره للغير وبيع الثمار والغلة وما الى ذلك (م ٤٨ ، ١٦) .

هذه الفوائد الفرعية تكون للمشتري اذ الخراج بالضمان (م ١٩٠٢ ، ١) . فالفوائد الفرعية ترجع الى سعي المشتري في العين المشفوعة باستغلالها واستعمالها والتصرف في منافعها ، ومن ثم فانها تكون له عملا بقاعدة الخراج بالضمان التي نص عليها الحديث الشريف .

وأخيرا فان المادة ١١٨٨ تنص على أن المشتري لا يضمن أجرة انتفاعه بالعين المشفوعة الا بعد التسليم بالشفعة بالتراضي أو الحكم بها .

ثالثـــا

حق الشفيع فى تســـلم المبيـــع

يلتزم المشترى بوصفه بائعا للشفيع بتسليم العين المشفوع فيها اليه ما دام كان قد تسلمها من البائع ،وليس له أن يمتنع عن تسليمها الى الشفيع ما دام قد أدى ما يلتزم به من الثمن .

واذا امتنع عن التسليم فان العين المشفوعة تؤخذ منه قســرا فى حالتين :

١ ــ اذا سلم بالشفعة وقبض الثمن فتصير العين فى يده كالمبيع .

٢ ــ اذا حكم عليه بالشفعة ودفع له الثمن جميعه فتعتبر العين المشفوعة فى يده كالأمانة .

يترتب على الأخذ بالشفعة شراء الشفيع للعين المشفوع فيها من المشترى . ومن أحكام الشراء لزوم تسليم العين المشتراه ، فــــان سلمها المشترى الى الشفيع طوعا كان بها ،وان تمرد فيكون تسليمهـــا للشفيع قسرا عن المشترى ما دام الشفيع قد دفع له الثمن وملحقاته .

ففى حالة الشفعة بالتراضى تكون العين المشفوع فيها فـى يده

المشترى كالمبيع ويتعين عليه تسليمها ويجبر على ذلك ، أما في حالة الشفعة بالتقاضى فتعتبر العين المشفوعة فى يد المشترى كالأمانة لأنه لم يسلم بالشفعة وانما أناب عنه القاضى فى الحكم للشفيع بها • ومعنى الحكم هو تمليك العين المشفوعة للشفيع فتصير فى يد المشترى امانة •

وطبقا للقواعد العامة واعمالا لمفهوم المخالفة لأحكام النص السابق ، فانه يجوز للمشترى أن يحبس العين المشفوعة ويمتنع عن تسليمها حتى يستوفى ما هو مستحق له من الثمن والمصروفات (م٥٢٤) •

ويفترض كل ذلك أن العين المشفوعة كانت قد سلمت للمشترى اما ان كانت لا تزال فى حيازة البائع ، فان الشفيع له الحق فى طلب تسلمها منه •

ويتم تسليم العين للشفيع طبقا لأحكام تنفيذ الالتزام بالتسليم المنصوص عليها فى عقد البيع ، ومنها على الأخص أن المشترى يلتزم بتسليم الشفيع العين بالحالة التى كانت عليها وقت طلب الشفعة •

وتطبيقا لذلك تنص المادة ١١٩٣ على أنه للشفيع نقض القسمة التي أجراها المشترى لنصيب مشاع في عقار ، كما له نقض كل تصرف للمشترى في العين المشفوعة ولو كان وقفا أو جعله مسجدا ، ويكون النقض في الحالتين بحكم القاضي ٠

يبين النص حكم القسمة التي يجريها المشترى وكل تصرف آخر له في العين المشفوعة بعد العلم بطلب الشفعة ، فان للشفيع بعد التسليم له بالشفعة أو الحكم له بها حق نقضها ، ولو كان التصرف وقفا أو جعل العين مسجدا فذلك من الحيل ٠

وفي جميع الأحوال يكون النقض بحكم القاضي ، أى يكون للشفيع أن يلجأ الى القضاء ليحكم له بذلك بعد ثبوت حقه فيه ٠

وتبين المادة ١١٨٥ الوقت الذى يصبح من حق الشفيع فيه التصرف في العين المشفوعة بعد اخذها بالشفعة ، بقولها ، لا يصح تصرف الشفيع في العين المشفوعة بعد التسليم له بالشفعة بالتراضي قبل قبضها ، ويصح تصرفه فيها بعد الحكم له بالشفعة قبل قبضها ٠

أى أنه ليس للشفيع التصرف في العين المشفوعة اذا سلم له

المشترى بالشفعة بالتراضى الا بعد قبض العين المشفوعة ، اما بعد الحكم له بالشفعة بواسطة القضاء ، فان للشفيع الحق فى التصرف فى العين المشفوعة ولو لم يقبضها .

وهذا الحكم يتفق مع ما ورد فى المادة ١١٨٤ بأن العين المشفوعة تكون امانة بعد الحكم بها بيد المشفوع منه ، فاذا تلفت تتلف على الشفيع بخلاف ما اذا كان التسليم بالشفعة بالتراضى وبقيت العين بيد المشفوع منه فانها لا تبقى بيده كأمانة ، ولذلك كان تلفها على المشفوع منه .

رابعا

تبعة هلاك العين المشفوعة

تنص المادة ١١٨٤ على أنه اذا تلفت العين المشفوعة فى يد المشترى ، بعد تسليمه بالشفعة بالتراضى تلفت من ماله كالمبيع فى يد البائع .

واذا تلفت العين المشفوعة فى يد المشترى بعد الحكم بالشفعة وأدى الشفيع ما عليه ، تلفت من مال الشفيع كالأمانة .

وفي جميع الأحوال يضمن المشترى اذا كان التلف بجناية أو تفريط منه أو كان قد تمرد عن تسليم العين المشفوعة للشفيع ،بعد التسليم بالشفعة أو الحكم بها ،وأدى الشفيع ما ألزمه ،وتجديده طلب تسليم العين المشفوعة له ، فان المشترى يضمن كالغاصب .

ينظم النص تبعة هلاك العين المشفوعة في يد المشترى بعد الشفعة ، يفرق النص بين عدة فروض:

١ ــ يتحمل المشفوع منه تبعة هلاك العين المشفوعة في يده بعد الأخذ بالشفعة بالتراضي أو بالتقاضي ،اذا كان الهلاك راجعا الى خطأه ، فالمشفوع منه يضمن مطلقا التلف بجناية أو تفريط منه .

٢ ــ ويتحمل المشفوع منه تبعة الهلاك أيضا اذا تمرد عن تسليم العين المشفوعة للشفيع بعد طلبها ، ففي هذه الحالة يكون غاصبا للعين ويضمنها ضمان الغاصب .

٣ ــ يتحمل المشفوع منه تبعة هلاك العين المشفوعة بقوة قاهرة اذا لم يقم بتسليمها الى الشفيع بعد التسليم له بالشفعة

بالتراضى . فاذا ما تلفت العين المشفوعة فى يد المشفوع منه بدون تعد أو تقصير منه فانه يتحمل مسئولية هذا التلف لانه لم يقم بتسليمها للشفيع بعد التسليم له بالشفعة (بالتراضى) فهى تأخذ حكم البيع .

٤ ــ أما فى حالة الشفعة بالتقاضى ، فان الشفيع يتحمل تبعة هلاك العين المشفوعة بقوة قاهرة وهى فى يد المشفوع منه ، لأنها دخلت ملك الشفيع بحكم القاضى له بالشفعة ، فتصير منذ صدور الحكم كالأمانة فى يد المشفوع منه لحين تسليمها الى الشفيع .

ويجدر بالذكر أن الغاصب يضمن العين المغصوبة اذا تلفت ، فاذا كانت من المثليات فانه يضمنها بمثلها ان وجد أما اذا اتعذر وجود مثلها فيكون الضمان بقيمتها بأوفر القيم شأنها شأن القيمى الذى لا يوجد مثله . (م ١٣٠٩) . أما اذا كانت العين من القيميات التى لا مثيل لها فان الغاصب يضمنها بأوفر القيم التى وصلت اليها قيمة العين المغصوبة فى الفترة من وقت غصبها الى وقت طلب مالكها قيمتها من الغاصب (م ١٣١٠) .

ويجب الاشارة فى هذا الصدد الى حكم القواعد العامة فى عقد البيع التى تتضمنه المادة ٥٠٥ والتى تقضى بتحمل المشترى تبعة هلاك المبيع بقوة قاهرة فى يد البائع. اذا كان الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع. الا أنه تقاعس عن ذلك بلا عذر.

ويترتب على ذلك أن الشفيع يتحمل تبعة هلاك الشىء المشفوع فيه ، اذا كان الهلاك قد تم بقوة قاهرة فى يد المشفوع منه بعد الأخذ بالشفعة ، وبعد اعذار الشفيع لتسلم العين المشفوع فيها الا أنه تقاعس عن ذلك بلا عذر.

وتتناول المادة ١١٩٤ حالة التلف أو الهلاك الجزئى بقولها : يجب على المشترى أن يحط عن الشفيع من العوض بقدر ما نقص من العين المشفوعة بفعله ، أو بفعل غيره باذنه ، أو اذا كان قد أخذ من الغير عن فعله عوضا ، أو صالحه أو ابرأه مع امكان الاستيفاء منه ولو لم يقبض العوض وما عدا ذلك فلا حط.

يواجه النص حالة التلف الجزئى أو النقص فى العين المشفوعة ، هنا يتحمل المشفوع منه تبعة هذا النقص اذا كان قد تم بفعله ،

أو بفعل الغير باذنه ، أوكان بفعل الغير الا أن هذا الغير أدى العوض عن النقص الى المشترى ، أوكان المشترى قد صالحه عليه أو أبرأه منه مع امكان استيفائه ولو لم يقبضه فهو الذى ضيعه .

ففى كل هذه الحالات يكون المشفوع منه مسئولا عن النقص الذى لحق بالعين فيكون عليه ، ان يحط عن الشفيع من الثمن بقدر ما نقص من العين المشفوعة .

أما اذا كان النقص غير راجع الى فعله أو فعل الغير باذنه أو لم يقتض عنه أصلا ولم يضيع العوض بتنازله عنه للغير ابراء أو صلحا ، فلا يحط بقدره من الثمن لأنه غير مسئول عنه .

أى أن الشفيع يتحمل تبعة الهلاك الجزئى اذا كان بسبب لايعزى الى خطأ المشفوع منه ، ويجب عليه دفع الثمن كاملا ، ويستطيع أن يرجع على الغير المتسبب فى هذا التلف .

وتبين المادة ١١٨٨ حكم تلف العين المشفوعة فى حالة تصرف تصرف المشترى فيها بعد طلب الشفعة بقولها : اذا تصرف المشترى اذا تصرف المشترى فى العين المشفوعة بعد الطلب والعلم به

وتلفت العين حسا بعد التصرف فلاضمان عليه ، ولو تلفت العين حسا لاحكما بعد التسليم للشفعة بالتراضي أو الحكم بها فيضمن القيمة في التلف الحسي لا الحكمي .

لا يضمن المشتري المشفوع منه التلف الحسي لا الحكمي الذي يصيب العين اذا كان قد تصرف فيها بعد طلب الشفعة ، أما اذا اتلفت العين بعد الأخذ بالشفعة بالتراضي أو بالتقاضي فيضمن القيمة في التلف الحسي لا الحكمي .

خامسا

البناء والغراس في العين المشفوعة

يثور التساؤل حول حكم البناء أو الغراس الذي يأتيه المشتري في العين المشفوعة . يجب أن نفرق بين المنشآت التي يقيمها المشتري قبل طلب الشفعة وتلك التي يقيمها بعد ذلك .

المنشآت المقامة قبل طلب الشفعة :

تنص المادة ١١٨٩ على أنه اذا عزم المشتري لنماء العين

المشفوعة لا لبقائها ، وكان ذلك باذنه قبل الطلب والعلم به فله الخيار بين أن يبقى النماء للشفيع ويرجع عليه بالزيادة غرسا أو بناء أو زرعا قائما لا حق له فى البقاء الا باجره ، أو يرفعه ويزيله ويرجع على الشفيع بارش ما نقص منه ، وللمشترى خيار ثالث اذا كان للنماء حد ينتهى اليه هو أن يبقيه لنفسه بأجرة المثل من يوم التسليم بالشفعة بالتراضى أو من يوم الحكم بها الى يوم الحصاد .

يواجه النص فرض قيام المشترى المشفوع منه بالبناء أو الغراس فى الأرض المشفوعة فيها بحسن نية أى قبل أن تطلب منه الشفعة أو يعلم بهذا الطلب ، فهو مالك للعين المشفوعة وله حق التصرف فيها ولا يعتبر متعديا لعدم علمه بطلب الشفعة فيعذر .

وهو يكون بالخيار بين أمور ثلاثة :

١ ـ يبقى النماء للشفيع بقيمته قائما لا حق له فى البقاء .

٢ ـ يرفعه ويزيله ويرجع على الشفيع بالتعويض عما نقص منه .

٣ ـ يبقى النماء لنفسه بأجرة المثل ان كان له حد ينتهى

اليه ،وتحسب الأجرة من يوم التسليم بالشفعة بالتراضى أو الحكم بها الى يوم الحصاد ،والغرض هنا أننا بصدد غراس أو زراعة لأن لها مدة معينة تنتهى فيها بالنضج .

يواجه النص ما ينفقه المشفوع منه على نماء العين لا لبقائها ، ولم يبين حكم النفقات اللازمة لبقاء الشىء أو حفظه ،ونرى أن الشفيع يلتزم بردها للمشفوع منه بوصفها من المصروفات الضرورية التى تلحق بالثمن ، أخذا بمبادىء العدالة الموافق لأصول الشريعة الاسلامية .

المنشآت المقامة بعد طلب الشفعة :

اذا قام المشفوع منه بناءا أو غراسا فى العين المشفوعة بعد طلب الشفعة وعلمه بها ، فانه يكون سىء النية ، ويكون فى حكم الغاصب وتطبق عليه المادة ٣١٩ التى تبين حكم ما اذا أحدث شخص منشآت بأدوات مملوكة له فى أرض الغير بدون اذن صاحب الأرض، يكون بالخيار بين أن يطلب ازالة المواد عن أرضه مع تعويض صاحبها عما أصابه من أضرار ، أو يبقيها صاحب الأرض لنفسه فى

مقابل تعويض صاحبها بقيمتها مستحقة القلع أو ما زاد فى قيمة الأرض بسببها ، والخيار لصاحب الأرض لأن صاحب المواد كان معتديا .

وبتطبيق ذلك على الشفعة ، يكون الشفيع بالخيار بين ما طلب ازالة ما أقامه المشفوع منه من بناء أو غراس مع التعويض ان كان له مقتضى ، أو ابقائها فى مقابل أن يدفع له أقل القيمتين ، قيمتها مستحقة الازالة أو ما زاد فى قيمة الأرض بسببها .

أما ان كان ماقام به المشفوع منه يتمثل فى زراعة الأرض وليس اعمال بناء أو غراس ، طبقت المادة ١٣٠٤ التى تنص على أنه يجوز للمالك ولو بدون اذن القاضى أن يقلع زرع وغرس الغاصب ويرجع عليه بأجرة القلع وارش ما تلف من العين بأوفر القيم ، وله ابقاء الزرع والغرس لنفسه بقيمته قائما غير مستحق البقاء ، أو ابقائه للغاصب حتى ينضج بالأجرة . وليس للمالك أن يفسد ما قلع اذا كان لا يفسد بالقلع ، والا ضمن مابين قيمته مقلوعا يغرس وقيمته مقلوعا لا يغرس .

يواجه النص حكم الزرع والغرس ، أى أن الغرس يخضع لحكم المادة ١٣١٩ ، والمادة ١٣٠٤ ، لذا يكون الشفيع بالخيار بينهما فى حالة اقامة المشفوع منه غرسا بسوء نية فى الأرض المشفوعة .

سادسا

حق الشفيع فى الضمان

طبقا للقواعد العامة فى عقد البيع يضمن البائع للمشترى استحقاق المبيع للغير كله أو بعضه ، ويضمن العيب الذى يظهر فى المبيع ، هذا بالاضافة الى ضمان عدم التعرض .

واعمال ذلك المبدأ على الشفعة يؤدى بنا الى القول بالتزام المشفوع منه بالضمان على النحو السابق فى مواجهة الشفيع .

بالنسبة لضمان الاستحقاق تنص المادة ١١٨٧ على أنه اذا استحقت العين المشفوعة للغير فيضمن المشترى الثمن ويرجع على البائع اليه .

يواجه النص فرض استحقاق العين المشفوعة للغير ، أى ثبوت

ملكيتها كليا أو جزئيا للغير ، أو ظهور حق عينى آخر عليها لشخص من الغير ، وذلك بعد التسليم للشفيع بالشفعة أو حكم القاضى له بها . فهل يضمن المشفوع منه ذلك للشفيع؟

يلتزم المشفوع منه بوصفه بائعا للشفيع بضمان الاستحقاق ، ويستطيع الشفيع الرجوع على المشفوع منه بالثمن الذى دفعه له وتدخل فيه ملحقاته ، فالمشفوع منه بائع لما لا يملك فيضمن ما قبض من الثمن ، ويستطيع بعد ذلك الرجوع على البائع اليه .

ويعد ذلك تطبيقا لمبادئ الضمان فى عقد البيع التى يجب اعمال أحكامها فى هذا المجال ، حيث تنص المادة ٥٠٩ على أن يضمن البائع استحقاق المبيع لغيره ، اذا انكشف أن المبيع ملك غير البائع بحكم شرعى عليه . واذا ثبت الاستحقاق ، للمشترى الرجوع على البائع بالثمن مالم يكن الاستحقاق باقرار المشترى أو بنكوله فليس له الرجوع (م ٥١٣) .

ويلتزم المشفوع منه بعدم التعرض للشفيع فى الانتفاع بالعين المشفوع فيها كلها أو بعضها سواء أكان التعرض من فعله أو من

فعل الغير ممن يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشترى ،ويكون المشفوع منه ملزما بالضمان اذا كان الغير قد ثبت حقه بعد البيع بتصرف من البائع نفسه (م٥٠٨) .

ويترتب على التزام المشفوع منه بالضمان أنه اذا استحقت العين المشفوع فيها للغير فان الشفيع يستطيع الرجوع عليه بالثمن والمصروفات وبكل ما يكون قد انفقه على العين .

وتطبيقا لذلك تنص المادة ١١٨٦ على أنه اذا غرس أو بنى فى العين المشفوعة بعد التسليم له بالشفعة بالتراضى أو بحكم القاضى ثم استحقت العين المشفوعة للغير كان للشفيع الرجوع على المشترى بما غرس أو بنى فهو كالمغرور .

يبين النص حكم غرس الشفيع فى العين المشفوعة وبنائه فيها ، بعد أن سلم له المشترى بالشفعة أو حكم له القاضى بها ، فهل يضمنه المشفوع منه اذا استحقت العين للغير؟

الحكم أن للشفيع الرجوع على المشفوع منه بما غرس أو بنى لأنه

مغرور باع له المشفوع منه ماليس مملوكا له فيعتبر كالغار وللمغرور أن يرجع على الغار بما يترتب على تغريره من ضرر أو غرامه ٠

أما عن الحق في الخيار، فتنص المادة ١١٨١ على أن يثبت للشفيع خيار الرؤية وخيار العيب دون خيار الشرط٠

أى أن للشفيع خيار الرؤية اذا لم يكن قد رأى العين المشفوعة وله خيار العيب اذا ظهر فيها عيب، ولكن ليس له خيار الشرط لما تقدم من أن شرط الشفيع الخيار له يدل على عدم رغبته في الشفعة ويسقط حقه فيها لأن الشفعة تقتضى المواثبة والاسراع فيكون طلبها على الفور٠

وأخيرا فبالنسبة لضمان العيب، فان المشفوع منه يضمن للشفيع عيوب العين المشفوع فيها طبقا لأحكام ضمان العيب في عقد البيع المنصوص عليها في المواد من ٥١٤ الى ٥٢١ ٠

سابعـــا

التزام الشفيع بدفع العـــوض

العوض الذى يلتزم به الشفيع :

تنص المادة ١١٦٩ على أن يلتزم الشفيع بأن يؤدى للمشـترى ومن فى حكمه ما يأتى :

١ ــ مثل العوض قدراً و جنسا ونوعا وصفة ان كان مثليـا ، وقيمته وقت العقد ان كان قيميا .

٢ ــ ما غرمه المشترى فى الشراء كأجرة كتابة الحجج وأجـرة الدلال ورسوم تحميد الحجج وما الى ذلك من المصاريف الرسميـة فهى تعتبر جزءا من العوض .

يلتزم الشفيع الذى يطلب الأخذ بالشفعة بأداء العـوض للمشفوع منه ، والعوض هو ما يقوم على العين المشفوعة من ثـــمن ، ويلتزم الشفيع بدفعه قدرا ونوعا وصفة ان كان مثليا ، كمبلغ محدد من النقود ، أو عشرة أقداح من البر البلدى الجيد مثلا .

واذا كان العوض قيميا ، فان الشفيع يدفع قيمته وقت العقد

وذلك بناء على اتفاق الطرفين على القيمة أو بتقويم عدول عند الاختلاف ،أي يتم تقويم العوض ان كان قيميا بواسطة الأطراف أو بواسطة خبراء عدول عند عدم اتفاق الأطراف .

ويلتزم الشفيع أيضا بدفع المؤن وهي ما غرمه المشتري في الشراء ،وذلك مثل أجرة كتابة الحجج وأجرة الدلال الذي توسط بين البائع والمشتري ورسوم تحميد الحجج في المحكمة ، وغير ذلك من المصاريف الرسمية فانها تعتبر من العوض وتأخذ حكمه لأن المشتري انفقها في الشراء .

وتنص المادة ١١٩٨ على انه اذا اختلفا في قيمة العوض يوم العقد وكان من العروض فالقول قول الشفيع أو وارثه .

هذا النص لا يضيف جديدا للحكم السابق بل هو ترديد لما جاء به ، الا أنه يمكن القول بأنه ينظم عبء الاثبات في حالة الاختلاف على قيمة العوض، بين الشفيع والمشفوع منه ، فان كان العوض من العروض القيمية فان القول قول الشفيع في القيمة التي يراها ،والبينة على المشتري في اثبات القيمة التي يراها ، وعند الاختلاف يتم تقدير القيمة في وقت طلب الشفعة بواسطة المقومين العدول .

وأخيرا تنص المادة ١١٩٤ على أنه يجب على المشترى أن يحط عن الشفيع من العوض بقدر ما نقص من العين المشفوعة بفعلـــه ، أو بفعل غيره باذنه ، أو اذا كان قد أخذ من الغير عن فعله عوضا أوصالحه ، أو ابرأه مع امكان الاستيفاء منه ولو لم يقبض العوض وما عدا ذلك فلا حط .

يبين النص حكم النقص أو التلف الجزئى فى العين المشفوعـة بفعل المشفوع منه أو بفعل الغير سواء حصل منه على تعويض أو ابراء من ذلك ، هنا يعتبر المشفوع منه مسئولا عن النقص ويجب عليه أن يحط عن الشفيع من الثمن بقدر ما نقص من العين ، أى أنه يـــتم تخفيض العوض الذى يلتزم الشفيع بدفعه بالقدر الذى يعـــادل مقدار النقص فى العين المشفوعة .

حكم تغير القيمة :

تنص المادة ١١٧٠ على أنه اذا تأخر طلب الشفعة الى وقت نقصت فيه أو زادت قيمة النقود التى جرى التعامل بها غير الذهب والفضة ، أو زادت قيمة العين المشفوعة لزم أن يؤدى مقدار قيمـــة

العوض، ويستعان فى التقدير، بالمقومين العدول .

يواجه النص حالة ما اذا تأخر طلب الشفعة الى وقت نقصت فيه قيمة النقود من غير الذهب والفضة او زادت و استثنى النقدان الذهب والفضة لأن قيمتهما ثابتة ، وانما تتغير قيم الأشياء بالنسبة لهما ، فاذا قيل ارتفع سعر الذهب أو الفضة فالصحيح أن المقوم بهما هو الذى انخفضت قيمته .

وفى حالة انخفاض قيمة العوض وملحقاته نقص أو زاد ، ويكون تقدير القيمة فى وقت طلب الشفعة بواسطة المقومين العدول عند الاختلاف ، ومن شأن ذلك القضاء على الكثير من الحيل ويطمئن المشفوع منه على أنه سوف يحصل على قيمة ما أداه سواء تقدم طلب الشفعة أو تأخر ، وهو حكم تمليه العدالة .

ويجدر الاشارة الى أن المشرع قرر المبدأ السابق للاعتبارات المذكورة ، وذلك استثناء من القاعدة العامة التى تنص عليها المادة ١٨٩ بقولها : اذا كان الملتزم به نقودا التزم المدين

بقدر عددها المذكورة في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أي أثر .

تأجيل العوض :

تنص المادة ١١٨٢ على أنه لا يستفيد الشفيع من الأجل اذا كان الثمن أو بعضه مؤجلا على المشتري الا اذا قبل المشتري ذلك .

وتنص المادة ١١٧١ على أنه يلتزم الشفيع بتعجيل العوض المؤجل على المشتري ، ولا ينتظر حلول الأجل .

يتضح من ذلك أنه اذا كان البائع قد أجل الثمن على المشتري (المشفوع منه) فان ذلك من حق المشتري حيث وثق فيه البائع فأجله ، ومن ثم ليس للشفيع أن يستفيد من هذا الأجل بل عليه تعجيل العوض ولا ينتظر حلول الأجل اذ لا حق له فيه ، الا اذا قبل المشفوع منه استفادة الشفيع من تأجيل الثمن كله أو بعضه فهذا حقه .

وتؤكد المادة ١١٧٣ هذا الحق للمشفوع منه بقولها " اذا

طلب المشترى (المشفوع منه) أن يدفع له الشفيع ما يلزمه دفعــه فلا يحكم له بالشفعة الا بعد أن يدفع للمشترى ، ما لم ير القاضــى بناء على طلب الشفيع لعذر مقبول تأجيل الشفيع لأجل معلوم لا يزيد على عشرة أيام مع الحكم له بالشفعة ، وللقاضى أن يشترط على الشفيع بطلان الشفعة عند عدم دفعه الأجل » .

فاذا حضر المشفوع منه مجلس القضاء وطلب أن يدفع له الشفيع العوض و ملحقاته وقبل أن يحكم له بالشفعة فانه يلزم الشفيع ذلــك ولا يحكم له الا بعد أن يدفع ما يلزمه ، الا أنه يجوز للقاضى بنـاءا على طلب الشفيع أن يمنحه اجلا لا يزيد على عشرة أيام اذا كان لــه عذر مقبول وذلك مع الحكم له بالشفعة مطلقا أو بشرط بطلان الشفعة عند عدم دفعه فى الأجل وذلك كله متروك لحسن تقدير القاضــــى لظروف الطرفين المشترى والشفيع .

الحط والابراء من العوض :

تنص المادة ١١٧٦ على أن الحط والابراء والاسقاط من بعــض الثمن قبل قبضه يلحق العقد فلا يلزم الشفيع الا ما بقى ، أما بعــد

القبض فلا يلحق العقد ، ويلزم الشفيع جميع الثمن .

مؤدى ذلك أنه اذا تنازل (حط أو ابراء أو اسقاط) البائع للمشترى (المشفوع منه) عن جزء من الثمن قبل قبضه أى قبل أن يؤديه اليه المشترى ، فانه يلحق العقد ويستفيد منه الشفيع ولا يلتزم الا بدفع ما بقى من الثمن بعد التنازل لأن الباقى هو الثمن فعلا ، أى أن التنازل يعد بمثابة تعديل للثمن . فيلتزم الشفيع بدفع هذا الثمن المعدل .

اما ان كان التنازل عن جزء من الثمن قد تم بعد أن قبض البائع الثمن فانه لا يلحق بالعقد ولا يفيد تعديل الثمن ، ويلتزم الشفيع بدفع جميع الثمن وملحقاته للمشفوع منه .

وتنص المادة ١١٩٩ على أنه اذا اختلفا فى نفى الحط من الثمن أو فى قدره أو فى كونه وقع قبل القبض فالقول للمشترى فى ذلك .

ينظم النص عبء الاثبات فى حال وجود اختلاف بين الشفيع والمشفوع منه حول وجود تنزيل من الثمن من عدمه ، فاذا ادعى

الشفيع الحط من الثمن قبل قبضه ،ونفى المشترى ذلك أو اختلفا على قدر الثمن ،فادعى الشفيع ثمنا أقل مما ادعاه المشترى ،فالقـــول فى ذلك كله للمشترى ،والبينة على الشفيع فى ادعاء الحط من الثمن أو فى قدره ،أو فى أن الحط كان قبل القبض ،لأن الظاهر مع المشترى .

مماطلة الشفيع فى دفع العوض

يلتزم الشفيع بدفع العوض للمشفوع منه قبل الحكم له بالشفعة ، وللقاضى ،فى حالة وجود عذر مقبول ،تأجيل الشفيع لأجل معلـــوم لا يزيد على عشرة أيام مع الحكم له بالشفعة ، وللقاضى أن يشـترط على الشفيع بطلان الشفعة عند عدم دفعه فى الأجل (م١١٧٣) .

ولا تبطل الشفعة بمطل الشفيع بعد الحكم له بها الا اذا شرط عليه القاضى ذلك عند عدم دفعه فى الأجل ، او كان المشترى قد شرط عليه ذلك من قبل (م١١٧٤) أى أن الشفعة التى حكـم بها للشفيع لا تبطل بمماطلته فى دفع العوض الا اذا كان القاضـى قد شرط ذلك عليه عند منحه الأجل أو شرطه المشترى وقبله الشفيع .

واذا تمرد الشفيع أو ماطل بعد الحكم له بالشفعة ولا شــرط

عليه ، فللحاكم أن يمهله الى أجل معلوم والا حكم عليه من مالـه ولو من المشفوع (م ١١٧٥) .

فاذا ماطل الشفيع فى دفع العوض بعد الحكم له بالشفعة ، ولم يكن القاضى عند الحكم له بها ، قد شرط عليه بطلان الشفعة فان القاضى يستطيع أن يمهله الى أجل آخر معلوم ، أو أن يحكم عليه فورا ، أو عند حلول الأجل الآخر بأداء ما عليه من ماله ولو من المال المشفوع فيه ، فان للقاضى أن يأمر ببيعه جبرا عليه لايفاء المشترى المستحق له من ثمنه .

الباب السابع

الحيازة والغصب

جمع المشرع اليمنى بين الحيازة والغصب فى القسم الثالث من الكتاب الرابع من القانون المدنى ،ونظم كل منهما فى باب مستقل من هذا القسم ،ونتبع نفس الترتيب فى دراستنا حيث نتناول كل منهما فى فصل مستقل .

الفصل الأول

الحيازة " الثبوت "

تعريف:

تحتل الحيازة مكانة هامة فى الأنظمة القانونية لما ترتبه من آثار خطيرة سواء كسبب لكسب الملكية أو كقرينة على قيامها ، فالوضع الظاهر والمستقر عملا أن الحيازة مظهر من مظاهر الملكية فمن يحوز شيئا غالبا ما يكون هو مالكه .

والحيازة هى وضع مادى به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شئ أو حق ، فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق ، وحقوق الرهن المختلفة ، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية .

والحيازة هى وضع مادى قد يتفق مع الوضع القانونى حيث يكون الحائز مالكا للشئ أو صاحب حق عينى عليه ، وقد تخالف هذا الوضع القانونى فى حالة ما اذا كان الحائز لا يستند الى حق على الشئ محل الحيازة .

وفى الحالتين يكون الحائز فى مركز المدعى عليه فيما يتعلق بعبء الاثبات اذا نوزع فى ملكية الشىء الذى يحوزه أو فى الحق العينى الوارد عليه لانه صاحب السيطرة الفعلية من خلال مايقوم به من أعمال تتفق مع مضمون هذا الحق . أى أنه على من ينازع الحائز تقديم الدليل على سند حقه .

فالقانون يحمى الوضع الظاهر الذى يتفق غالبا مع الحقيقة حيث يكون حائز الشىء مالكا له أو صاحب حق عينى عليه ، فالوضع المألوف أن الحائز هو المالك أو صاحب الحق . والمشرع فى حمايته للحيازة يهدف الى تحقيق الاستقرار والأمن فى المجتمع تحقيقا للصالح العام ، من خلال حماية الأوضاع الواقعية القائمة بالفعل ومنع الاعتداء عليها تفاديا لشيوع الفوضى والاضطراب فى الجماعة .

ولا توجد خشية من حماية الحيازة ، ولو كانت غير مطابقة للحقيقة ، لأن هذه الحماية مؤقتة ، حيث يتقدم صاحب الحق فى الشىء المحاز ويثبت حقه عن طريق القضاء ، وبالطرق التى رسمها القانون .

وتقوم الحيازة على عنصرين : عنصر مادى هو السيطرة المادية أو الفعلية على شىء أو حق عينى عليه ، وعنصر معنوى هو نية استعمال هذا الحق ٠

أنواع الحيازة :

تنص المادة ١٢٧٠ على أن "الثبوت (الحيازة) هو استيلاء الشخص على الشىء ووضع يده عليه منقولا كان أو عقارا ، وهو نوعان :

الأول : حيازة ملك ثبوت يتصرف بها الحائز فى الشىء الذى يحوزه بأى نوع من أنواع التصرفات ظاهرا عليه بمظهر المالك ، وان لم يبين سبب ملكيته له فتكون يده مهما استمرت حيازة ملك ثبوت على الشىء ٠

الثانى : حيازة انتفاع باجارة أو نحوها يكون الشىء فيها مملوكا لغير حائزه الذى لا يكون له الا مجرد الانتفاع بالشىء انتفاعا مؤقتا طبقا لسبب انشائه ٠

يفرق النص بين نوعين من الحيازة : حيازة ملك ثبوت وحيازة

انتفاع .

ففى النوع الأول من الحيازة (حيازة الملك) يكون لدى الحائز كافة السلطات الفعلية على الشىء والظهور عليه بمظهر المالك أى أنه يباشر سلطات المالك على الشىء لحساب نفسه وباسمه .

وتسمى هذه الحيازة ب "الحيازة القانونية" حيث يتوافر فيها العنصران المادى والمعنوى ، أى الحيازة المادية للشىء أو السيطرة الفعلية عليه ، بالاضافة الى نية الظهور بمظهر المالك فى ممارسة هذه السلطات أى أن الحائز يحوز باسمه ولحساب نفسه .

أما ان فقدت الحيازة العنصر المعنوى تكون "حيازة عرضية" حيث يحوز الحائز الشىء حيازة مادية لحساب غيره وليس لديه قصد استعماله لحساب نفسه ، فهو وان كانت لديه السيطرة المادية على الشىء (العنصر المادى) ، الا أنه لا يظهر بمظهر المالك فى مباشرة السلطات عليه ، فسند حيازة الحائز العرضى يتضمن اعتراف الحائز بأنه يحوز لحساب غيره وانه يلتزم برد الشىء الى صاحبه .

ومن أمثلة الحائز العرضى ،الخادم والعامل حيث يعمل كل منهما لحساب الحائز القانونى أو المالك ،وكذلك النائب القانونى أو الاتفاقى الذى يحوز لحساب الأصيل ،وكذلك صاحب حق الانتفاع أو الاستعمال أو القرار والدائن المرتهن رهن حيازة والمستأجر والمزارع .

ويعبر المشرع اليمنى عن الحيازة العرضية بأنها حيازة ثبوت أو انتفاع ، أى لمجرد الانتفاع بالشئ طبقا لما يقرره السبب الذى يعطيه حق الانتفاع عقدا كان أو وصية فيكون الشئ مملوكا لشخص ويحوزه شخص آخر للانتفاع به ،ولما كان الانتفاع حق مؤقت يزول بزوال سببه فالحيازة مؤقتة به أيضا .

وذلك بخلاف الحيازة القانونية التى هى حيازة أو ثبوت ملك فيظهر الثابت على الشئ بمظهر المالك له ، ويتصرف فيه بكل أنواع التصرفات التى تكون للمالك على ما يملك وان لم يبين سبب ملكيته الذى يثبت عليه ،فتكون حيازته حيازة ملك . أى أن القانون يحمى الحيازة القانونية بعنصريها المادى والمعنوى بغض النظر عن السند

القانونى لصاحبها ،وذلك انطلاقا من قرينة قانونية مؤداها أن الحائز القانونى ،الاصل فيه أنه المالك لما يحوز ،الا أن يقام الدليل على العكس،ويتقدم صاحب الحق فى الشىء ويثبت أحقيته به ٠

ونظرا لأهمية حيازة الملك وما تثيره من مشكلات عملية ،فقد تناولها المشرع اليمنى بالتفصيل فى المواد من ١٢٧١ : ١٢٨٤ مبينا شروطها وآثارها وماقد يتعلق بها من منازعات٠

لهذا نتناول أحكام تلك الحيازة فى مبحثين :

المبحث الأول : شروط الحيازة وانتقالها ٠

المبحث الثانى : آثار الحيازة

المبحث الأول

شروط الحيازة وانتقالها

تنص المادة ١٢٧١ على أنه يشترط فى حيازة الملك (الثبوت) ما يأتى :

١ ــ القصد بأن يكون الحائز للشىء على قصد أنه مالك له دون غيره ويعرف القصد بقرائن الحال التى تدل على ذلك بأن يتصرف فى الشىء المحوز تصرف الملاك .

٢ ــ أن يجاهر الحائز للشىء بملكيته له اذا ما نازعه فيه منازع وان يتمسك بذلك أمام القضاء فى مواجهة من ينازعه فى ملكيته .

٣ ــ ان لا تقترن الحيازة باكراه المالك أو من يمثله أو منازعته .

٤ ــ عدم الخفاء بأن لا تحصل الحيازة خفية أى لا يكون فيها لبس كأن يكون الحائز خليطا للمالك أو ممثلا شرعيا له بالولاية أو الوصاية أو الوكالة أو يكون مخولا حيازة انتفاع أو نحو ذلك .

يتضح من هذا النص أن حيازة الملك يجب أن تكون حيازة

قانونية يتوافر فيها العنصران المادى والمعنوى ،ويجب أن تكـون خالية من العيوب التى تعيب الحيازة وهى الاكراه ،واللبس والخفاء ونعرض لهذيه الشرطين على التوالى ، ثم نتناول بعد ذلـــــك انتقال الحيازة ٠

المطلب الأول

توافر أركان الحيازة : المادى والمعنوى

(الحيازة القانونيــــة)

حيازة الملك أو الثبوت هى الحيازة القانونية التى يلزم لقيامها توافر عنصران ، العنصر الأول مادى هو السيطرة المادية ، وعنصـــر معنوى هو نية استعمال الحق كمالك له .

أولا

العنصر المــادى

الحيازة هى وضع مادى يسيطر الشخص به سيطرة مادية فعلية على شىء يجوز التعامل فيه ، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق ، وتتمثل السيطرة المادية فى استعمال الشىء من خلال القيـــــام بالأعمال المادية التى يقتضيها هذا الاستعمال ، وذلك كالأعمال التى يقوم بها المالك عادة فى استعماله لحق الملكية ، حيـــث يستعمل الشىء ويستغله ويتصرف فيه كمالك له .

مثال ذلك سكنى الدار أو تأجيرها ، أو زراعة الأرض أو مزارعتها ،

ويمكن التصرف فيها بالبيع أو الهبة أو الرهن وغير ذلك من التصرفات كترتيب حق ارتفاق بالشرب أو بالمرور .

ولا يشترط لقيام الركن المادى أن يكون الشئ محل الحيازة مملوكا للحائز أو غير مملوك له ،الا أنه ينبغى أن يكون هذا الشئ قابلا للتعامل فيه ، وأن يكون قابلا للتملك ، فالأموال العامة لا يمكن حيازتها لأنها لاتصلح لأن تكون محلا للملكية الخاصة ، ومن ثم لا يجوز حيازة الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة أو تلك المملوكة للأشخاص الاعتبارية العامة .

وترد الحيازة على الأشياء المادية وحدها ، سواء أكانت من المنقولات أم من العقارات ، لأن تلك الأشياء هى التى تقبل التسلط المادى عليها ، لذا لاترد الحيازة على الحقوق الشخصية أو الحقوق المعنوية .

ويمكن أن ترد الحيازة على حصة مفرزة أو شائعة فى مال مملوك على الشئ ،فاذا ملك أكثرمن شريك أرضا على الشيوع فان الحيازة تثبت لكل منهم ،وترتب آثارها بالنسبة لهم جميعا .

ولهذا قضى بأن الحصة الشائعة فى عقار كالنصيب المفرز فيه ، من حيث أن كليهما يصح أن يكون محلاً لأن يحوزه حائزه على وجه التخصيص والانفراد ، ولا فارق بين الاثنين الا من حيث أن حائز النصيب المفرز تكون يده بريئة من المخالطة ، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين ، والمخالطة ليست عيبا فى ذاتها ، وانما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وابهام ، فاذا اتفق المشتاعون ووقف كل منهم فى ممارسته لحيازته عند حد حصته مراعيا حصة غيره ، كما اذا اغتصب اثنان فأكثر عقارا وحازوه شائعا بينهم جاعلين كل منهم حصة فيه ، جاز أن يتملكوه بالتقادم سواء اشتركوا فى حيازته المادية أو ناب فى هذه الحيازة بعضهم عن بعض ، هذا اذا لم يكن لمالك العقار يد عليه وخلصت الحيازة لغاصبيه .

ويتحقق العنصر المادى من خلال قيام الحائز بكل الأعمال المادية التى تمكنه من السيطرة المادية على الشىء ، ويفترض ذلك الاستحواذ على الشىء واحرازه ماديا على نحو يظهر الحائز بمظهر المالك . ولا يكفى لتحقيق الركن المادى فى الحيازة القيام بالأعمال

القانونية وحدها كبيع الشيء وتأجيره لأن هذه الأعمال يمكن أن تصدر من شخص غير حائز ولا يلزم أن يكون لمن صدر عنه التصرف سلطة فعلية على الشيء ، وفي هذا المعنى تقرر محكمة النقض بأن تأجير ناظر الوقف للأطيان المملوكة هو عمل من الأعمال القانونية وهو لا يكفي لتوافر الركن المادي لحيازة الجزء المتنازع عليه من هذه الأطيان ، بل يجب لتوافره وضع اليد الفعلي على الشيء .

وتقدير ما اذا كانت الأعمال المادية التي يقوم بها الشخص تشكل سيطرة مادية على الشيء على النحو الذي يقوم به الركن المادي من عدمه مسألة موضوعية يقدرها القاضي بحسب الظروف .

لذا قضى بأنه "اذا كان الثابت أن الأرض المتنازع عليها أرض فضاء وليست من الأراضي التي لم يسبق الملك فيها لأحد ، بل هي من الأراضي التي تلقيت الحيازة فيها بالتخلية من ملاكها المتعاقبين ، فيكفي في ثبوت وضع اليد عليها القيام ، مع عدم المنازعة ، بانشاء حدود لها والمرور فيها ودفع الأموال المستحقة عليها ، واذن فالحكم الذي لا يكتفي في ثبوت وضع اليد عليها بهذه المظاهر

بل يشترط تسويرها على الأقل ، يكون حكما مخطئا فى تكييف وضع اليد ويتعين نقضه" .

الحيازة المادية بواسطة الغير :

تنص المادة ١٢٧٢ على أنه لا يصح أن تكون حيازة الملك بواسطة شخص آخر خاضع للحائز يأتمر بأوامره فيما يتعلق بها كالخادم والعامل والأجير والشريك .

فالحيازة كما تكون بوضع يد الشخص نفسه على الشىء ، فانها تكون بالواسطة ، أى بواسطة شخص آخر يمثل الحائز ، وتكون للحائز السيطرة عليه فى الحيازة ، بأن يأمره فيطيع كالخادم والعامل والأجير والشريك ،وتكون حيازة الملك فى الاجارة والاعارة ونحوها للمالك الأصلى .

أى ان الحيازة يمكن أن يباشرها الشخص بنفسه أو بواسطة شخص يتبعه ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بهذه السيطرة المادية ، وتظل الحيازة هنا للحائز الأصلى وتترتب آثارها بالنسبة له ، أما الوسيط فليس لديه سوى السيطرة المادية وليس بحائز لأنه

لا يباشرها باسمه بل باسم الحائز الاصلى ٠

مثال ذلك مباشرة السيطرة المادية للحائز بواسطة خدمه وعماله ، فهؤلاء يحوزون لحساب المتبوع الذى يحتفظ بالعنصر المعنوى للحيازة ، فناظر الزراعة يحوز المزرعة حيازة مادية لحساب متبوعه ويحوز صاحب الأرض بواسطة المزرعة ٠

ونفس الحكم بالنسبة للوكيل الذى يعمل باسم الموكل ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بحيازة الشئ ،وإذا اشترى الوكيل عينا وحازها لحساب الموكل ، فان الموكل يعتبر حائزا للعين من وقت حيازة الوكيل لها ٠

فيباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة ، اذا كان ناقص أو عديم الأهلية ،حيث يباشر نائبه القانونى السيطرة المادية باسمه ، وتنص على ذلك المادة ١٢٧٢ بقولها تكون حيازة الملك (الثبوت) لغير المميز بواسطة من ينوب عنه نيابة شرعية وليا كان أو وصيا ٠ومن ثم فان الولى أو الوصى أو القيم يباشر السيطرة المادية على الشئ لحساب الأصيل اذا كان قاصرا أوصغيرا عديم الأهلية أو محجورا

وكان مميزا .

والأصل أن الشخص يباشر السيطرة المادية لحساب نفسه لا لحساب غيره ، ومن يتوافر لديه العنصر المادى يفترض توافر العنصر المعنوى لديه أيضا ، وعلى من يدعى العكس اثبات ذلك ، أى أنه على من يدعى أن لديه العنصر المعنوى وان السيطرة المادية على الشئ انما تباشر باسمه ، ان يثبت ذلك .

وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة انما يحوز لنفسه ، فان كانت استمرارا لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها ، أى أن من يحوز لحساب غيره تستمر حيازته على ذلك ما لم تتغير صفته بفعل منه يدل بوضوح أن السيطرة المادية أصبحت لحسابه ، أو بفعل الغير .

فالقاعدة ان من عنده الحيازة يفترض أنه حائز لنفسه ، ويبقى حائزا لنفسه الى أن يقوم الدليل على أنه حائز لغيره ، أو أنه أصبح يحوز لغيره .

ثانيـــا

العنصر المعنـوى

يتمثل العنصر المعنوى فى أن تتوافر لدى واضع اليد الـذى يباشر السيطرة المادية على الشىء عينة الظهور بمظهر صاحـب الحق ، أى أنه يقوم بالأعمال المادية لحساب نفسه ، فاذا كان محـل الحيازة حق الملكية فان العنصر المعنوى يتمثل فى قيام الحائـز بتلك الأعمال كمالك أو بنية التملك .

وانتفى العنصر المعنوى فاننا نكون بصدد حيازة عرضيـة أو مجرد وضع يد ، حيث يباشر الشخص السيطرة المادية لا لحساب نفسه وانما بمقتضى سند ينطوى على الاعتراف بالحق العيـنى لشخص آخر ، كما هو شأن المستأجر والمستعير والنائب عن الغير.

وتبدو أهمية النية فى أنها تساعد على تعيين الحق محـل الحيازة ، فزراعة الأرض كعنصر مادى يمكن أن تصدر عن المالـك ، أو عن صاحب حق الانتفاع ، أو عمن يحوز لحساب الغير كالمستأجر فالنية هى التى تحدد الصفة التى يحوز الشخص بمقتضاها .

والأصل أن العنصر المعنوي أو القصد لا تجوز مباشرته بالواسطة لأن القصد أمر شخصي لا بد من وجوده عند شخص الحائز ، ومع ذلك فانه يجوز استثناء لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية ، اى أن الصبى غير المميز والمجنون والمعتوه غير المميز يكون معدوم الارادة ولا يوجد لديه القصد ، لذا يمكن أن يوجد هذا العنصر لذى من ينوب عنه من ولى أو وصى أو قيم .

أما ان كان الحائز مميزا ، كالصبى المميز والمحجور عليه لسفه ، فانه يجوز أن يتوافر عنده شخصيا عنصر القصد ، اذ لا يشترط فى توافر عنصر كمال الأهلية ، بل يكفى التمييز .

وعنصر القصد ، أى نية التملك ، من مسائل الواقع ، ولمحكمة الموضوع السلطة التامة فى التعرف على نية واضع اليد من جميع عناصر الدعوى ، وقضاؤها فى ذلك لا يكون خاضعا لرقابة محكمة النقض ، ما دامت هذه العناصر مدونة فى حكمها ، وتفيد تلك النتيجة التى استفادتها .

واذا انتفى عنصر القصد فاننا نوجد بصدد حيازة عرضية وليست حيازة قانونية ، فالحائز العرضى يحوز لحساب غيره لا لحساب نفسه ، وتكون حيازته مادية محضة ، ويلتزم برد العين للمالك كالتابع والمستعير والدائن المرتهن رهن حيازة والوكيل والمستأجر .

انتفاء عنصر القصد فى أعمال التسامح :

لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح لان عند القصد ينتفى فى مثل تلك الأعمال ، فهذه الأعمال تعد تعديا على ملك الغير ، الا أن هذا الغير يرخص بها من قبيل التسامح . ويستطيع أن يوقفها فى أى وقت ، ومن ثم ليس لمن يباشرها الادعاء بأنه صاحب حق عينى على الشىء ، ولذا لا يعتبر حائزا لعدم توافر نية الظهور بمظهر المالك لديه .

يجب أن تكون الحيازة سيطرة متعدية لا مجرد رخصة ولا عملا يقبل على سبيل التسامح ، فمن كان يمر بأرض جاره ، وقد رخص له الجار فى ذلك لا على أنه له حق ارتفاق ، لا يعتبر حائزا الحق المرور .

وتطبيقا لذلك قضى بأنه :

اذا كانت الأرض موضوع النزاع من أراضى المبانى ، وكان مدعى وضع اليد عليها لم ينتفع بها أكثر من أنه شغلها بسيارات وحدائد وغير ذلك من أدوات ورشته الملاصقة لها ، فالانتفاع على هذه الصورة غير حائز للصفات الكافية للاعلام بنية تملكها ، اذ أنه من قبيل الأفعال التى تحمل على التسامح المتعارف بين الملاك المتجاورين فلا تكسب أحدهم حقا قبل الآخر مهما طال الزمن عليه .

تغيير صفة الحيازة العرضية :

ليس للحائز العرضى أن يغير صفة حيازته بمجرد تغيير نيته ، أى أن يحوز لحساب نفسه بعد أن كان يحوز لحساب غيره . فلا يستطيع المستأجر أن يعلن بأنه غير نيته وأصبح حائزا كمالك وليس كالمستأجر ، اذ ليس لأحد أن يغير بنفسه لنفسه ، الأصل الذى تقوم عليه الحيازة .

وتتغير صفة الحيازة العرضية وتتحول الى حيازة قانونية بأحد

أمرين :

١ ـ فعل يصدر من الغير ، وذلك بأن يتلقى الحائز العرضى ملكية العين بمقتضى تصرف ناقل للملك سواء من المالك نفسه أو من الغير معتقدا أنه المالك وصاحب الحق فى التصرف فى العين . وذلك كأن يشترى المستأجر العين المؤجرة من المؤجر أو من شخص آخر يعتقد أنه المالك ، هنا تنقلب حيازة المستأجر ، بمجرد صدور عقد البيع له ، من حيازة عرضية الى حيازة قانونية .

٢ ـ فعل يصدر من الحائز نفسه ، وذلك بأن يصدر منه فعل ينطوى على انكار ملكية المالك بطريقة ظاهرة واستئثاره بالعين وان يدعيها لنفسه ، ولا يكفى مجرد اعلان الانكار أو مجرد التصرف المادى بهدم العين أو اقامة منشآت بها ، بل يلزم أن نكون بصدد منازعة جدية فى الملك سواء أكانت المنازعة فعلية أم قضائية . وقد قضى بأن مجرد هدم المبانى واقامتها من جديد من جانب واضع اليد بطرق النيابة عن غيره لا يعتبر بذاته تغييرا لسبب وضع يد الحائز المذكور ومجابهة للمالك بالسبب الجديد .

ويقدر قاضى الموضوع ما اذا كانت الأفعال التى صدرت من

الحائز العرضى كافية لأن تنطوى على معارضة ملكية المالك على نحو يكفى تغيير صفة الحيازة من عرضية الى قانونية ٠

والعنصر المعنوى فى الحيازة مفترض، فالحائز المادى يفترض لديه العنصر المعنوى ،أى أن الحيازة المادية قرينة على وجود الحيازة القانونية ، وعلى من يدعى العكس اثبات ذلك ، أى على من ينازع الحائز ، أن يقيم الدليل على انتفاء قصد الحيازة لحساب نفسه ، فالقاعدة أن من عنده الحيازة يفترض أنه حائز لنفسه ،ويبقى حائزا لنفسه الى أن يقوم الدليل على أنه حائز لغيره أو أنه أصبح يحوز لغيره ٠

المطلب الثانـــى

سلامة الحيازة من العيـــوب

يجب أن تتوافر فى الحيازة شروط معينة ،هى الاستمــــرار والهدوء ، والظهور ، والوضوح ، فالحيازة المتقطعة ، والحيـــازة باكراه ،والحيازة الخفية ،والحيازة الغامضة ، كل هذا لايعتـــبر حيازة صحيحة .

فاذا اقترنت الحيازة باكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس، فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الاكراه أو أخفيت عنه الحيـــازة أو التبس عليه أمرها الا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب .

أولا ــ ظهور الحيازة :

يجب أن تكون الحيازة ظاهرة أوعلنية ، فالظهور أو المجاهـرة معناه أن يجاهر الحائز للشىء الثابت عليه بأنه مالكه دون غيره من الناس،ويتمسك بذلك اذا ما نازعه فيه منازع ،وينتصب أمام القضـاء للدفاع عن ملكيته فى مواجهة من ينازعه .

فالحائز يمارس الأعمال المادية على العين التى يحوزهـا علانية بمرأى وسمع من الناس كافة ،فاذا لم يتحقق ذلك كانت الحيازة معيبة بعيب الخفاء • وهذا العيب يعد نسبيا حيث أن الحيازة يمكن أن تكون علنية بالنسبة للناس الا أنها تكون خفيـة بالنسبة لصاحب الحق ، لذا يجوز له وحده أن يحتج بهذا العيب .

ويزول العيب وتصبح الحيازة صحيحة بمجرد ظهورها واعلانها بطريقة يصبح معها بامكان صاحب الحق العلم بها •

ثانيا ـ هدوء الحيازة :

يجب أن يحوز الحائز العين بصفة هادئة وبدون اكـراه والاكانت معيبة ،وتكون الحيازة معيبة بعيب الاكراه اذا أكـره الحائز شخصا آخر كان حائزا للشيء قبله على ترك الحيازة لـه ، أى أن صاحب الحيازة قد حصل عليها بالقوة أو بالتهديد ، وتظل الحيازة مشوبة بهذا العيب طالما بقى الاحتفاظ بها قائما علـى القوة والتهديد •

وتصبح الحيازة هادئة وسليمة وتنتج آثارها القانونية منـذ

اللحظة التى ينقطع فيها الاكراه ، فعيب الاكراه مؤقت يـــزول بانقطاع سببه ونسبى لا يستطيع التمسك به الامن وقع عليه الاكراه .

فالقانون يشترط فى الحيازة أن تكون هادئة ،وهى تعتبر غير هادئة اذا بدأت بالاكراه ،فاذا بدأ الحائز وضع يده هادئـــا ، فان التعدى الذى يقع أثناء الحيازة ويمنعه الحائز لا يشوب تلك الحيازة التى تظل هادئة رغم ذلك .

ثالثا ــ وضوح الحيازة :

يجب أن تكون الحيازة واضحة لا لبس فيها أو غموض والا كانت معيبة ، ويقصد بالوضوح الا يوجد أمر يلابس حيازة الحائز للشـىء على نحو يفسر حيازته تفسيرا آخر ،كان يكون شريكا فى الشىء فتفسر حيازته له على أنه شريك أو نائب عن المالك وليا أو وصيا أو وكيـلا أو نحو ذلك فتفسر حيازته على هذا الأساس .

ويصيب عيب اللبس أو الغموض الركن المعنوى للحيازة أى عنصر القصد فيها ، حيث يثور الشك حول نية الحائز وعما اذا كان يحوز لحساب نفسه أم لحساب غيره . ويبدو ذلك بصفة خاصة فى حالـة

الملكية على الشيوع عندما يحوز أحد الشركاء العقار الشائع كله ، فلا يعرف ما اذا كانت نيته تتجه الى حيازة العين لحساب نفسه أم أنه يديرها لحسابه ولحساب باقى الشركاء .

وكذلك الحال بالنسبة للوارث الذى يضع يده على أعيان التركة ، فلا يتضح ما اذا كان يستأثر بتلك الأعيان لحساب نفسه أم أنه يديرها فقط لحساب كل الورثة .

وعيب اللبس أو الغموض عيب مؤقت يزول بانقضائه ، وتصبح الحيازة سليمة منذ ذلك الوقت . فاذا كانت حيازة الوارث غامضة فانها تظل كذلك الى أن يزول هذا الغموض وذلك بأن يتصرف الحائز بطريقة تعرب بوضوح أنه انما يحوز لحساب نفسه وليس لحساب غيره . ويجب أن تصدر منه أعمال ظاهرة وصريحة فى التعبير عن ذلك وتقطع فى عدم وجود أية حيازة أخرى تخالط حيازة الحائز .

وعيب اللبس أو الغموض عيب نسبى ، لا أثر له الا قبل من التبس عليه أمر الحيازة فيما يتعلق بعنصر القصد ، ففى حالة الغموض مثلا فى حيازة الوارث ، فان هذه الحيازة الغامضة لا تنتج أثرها بالنسبة لباقى الورثة الا أنه يحتج بها على غيرهم .

المطلب الثالث

انتقال الحيازة وزوالها

أولا

انتقال الحيازة

طبقا للمادة ١٢٧٥ تنتقل الحيازة من شخص الى آخر بنفس الأسباب التى ينتقل بها الملك من ميراث أو تصرف شرعى كالبيع والهبة والوصية ،أى أن الحيازة يمكن أن تنتقل من حائز الى آخر كما هو الحال بالنسبة للحقوق ٠

وتنتقل الحيازة الى الخلف العام والخلف الخاص٠

١ ـ انتقال الحيازة الى الخلف العام :

يقصد بالخلف العام الوارث والموصى له بجزء شائع فى جملة التركة كالثلث أو الربع مثلا ٠ وتنتقل الحيازة الى الخلف العام بنفس نوعها وصفاتها التى كانت عليها ،فاذا كانت حيازة ملك أو حيازة انتفاع فانها تنتقل بنفس الصفة ٠ وانتقال الحيازة هنا يتم بقوة القانون بمجرد وفاة الحائز (م ١٢٧٧) ٠

فاذا كانت الحيازة عرضية ،فان الوارث يكون هو الآخر حائزا عرضيا ولا تتغير تلك الصفة الا بأحد الأمرين السابقين كما عرضنا من قبل بصدد تغيير الحيازة .وكذلك اذا كانت حيازة المورث معيبة بعيب الخفاء أو الاكراه أو الغموض، فانها تنتقل الى الوارث مشوبة بهذا العيب، ولا تصبح سليمة فى يد الا اذا زال العيب ومن تاريخ زوال هذا العيب .

٢ ـ انتقال الحيازة الى الخلف الخاص:

يقصد بالخلف الخاص هنا كل من يخلف الحائز فى حيازة عين معينة بالذات ،بناء على علاقة قانونية بينهما أدت الى انتقال الحيازة ،وذلك كالمشترى والموهوب له والموصى له بعين معينة . ويعتبر فى حكم الخلف الخاص كل شخص يجب أن تنتقل اليه حيازة العين من الحائز بناء على التزام فى ذمة الحائز بنقلها اليه .

وتنتقل الحيازة بالاتفاق ما بين السلف والخلف، مصحوبا بالتسليم المادى أى بالسيطرة الفعلية على الشئ ،وقد يكون انتقال الحيازة معنويا ، كما اذا استمر السلف حائزا ولكن لحساب الخلف

(مثال ذلك البائع يستأجر الشىء المبيع) ، أو استمر الخلف حائزا ولكن لحساب نفسه (مثال ذلك المستأجر يشترى العين) كما قد يكون انتقال الحيازة رمزيا كتسليم السندات المعطاه عن البضائع المعهود بها الى أمين النقل أو المودعة فى المخازن . ولكن اذا تعارض التسليم الحقيقى مع التسليم الرمزى ، كان الأول هو المعتبر ، كما اذا تسلم شخص شهادة البضاعة وتسلم آخر البضاعة نفسها ، فالحيازة فى هذا الفرض عند الأخير .

وطبقا للمادة ١٢٧٦ تنتقل الحيازة بالتسليم ، وقد تنتقل من شخص الى آخر دون تسليم مادى للشىء من السلف الى الخلف فى حالتين :

الأولى : أن يكون الخلف حائزا للشىء حيازة انتفاع مؤقتة ، ثم تؤول اليه ملكية الشىء بميراث أو شراء أو نحوهما ، فتستمر يده على الشىء ولكن تنقلب حيازته له من حيازة انتفاع الى حيازة ملك .

الثانية : ان يتصرف المالك فى شىء يملكه ، ويحوزه حيازة فعلية الى شخص ، تصرفا يزيل ملكيته عنه وفى نفس الوقت يستأجر

الشئ أو يستعيره من المتصرف اليه وتستمر يده الفعلية علـــى الشئ للانتفاع به كالاجارة أو الاعارة ، أما حيازة الملك فتكـــون للشخص الآخر الذى يملك الشئ ولم يتسلمه ماديا .

أى أن المشرع اليمنى يتكلم عن انتقال الحيازة من الحائــز الى الخلف بطريقتين المادية والمعنوية فى الصورتين الأولـــى والثانية ،ولم يشر الى الطريقة الثالثة وهى الرمزية .

والتسليم الرمزى يتم بتسليم ما يرمز الى الشئ موضوع الحيازة كاستلام المشترى لمفاتيح المنزل أو المخزن الذى توجد بــه المنقولات ،ويكفى هذا التسليم لتحقق السيطرة الفعلية على الشئ وتنتقل الحيازة .

وتعبر عن ذلك محكمة النقض المصرية بقولها : ان كون الشئ واقعا فعلا فى حوزة من يدعى حيازته أوغير واقع فيها أمر موضـوعى يحصله قاضى الموضوع فى كل دعوى مما تتوافر فيها من دلائـــل ، واذا كان القانون المدنى قد نص فى باب البيع على أن تسلـــيم المنقولات المبيعة يصح أن يتم بتسليم المخازن الموضوعة فيهـــا ،

فان ذلك لا يعنى أن من يحمل مفتاحا لخزانة يكون ولا بد حائزا فعلا لمحتوياتها ، لأن حمل المفتاح لا يلزم عنه حتما أن حامله مسلط على الخزانة مستأثر بالتصرف فى فراغها ، ومن ثم كانت العبرة فى كل دعوى بظروفها الواقعية ، فحيث تدل هذه الظروف على أن حامل مفتاح الخزانة كان مسلطا فعلا على ما فيها جاز اعتباره حائزا والا فلا ، وما يراه قاضى الموضوع فى هذا الشأن هو رأى فى مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها ولا يخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض.

واذا كانت القاعدة بالنسبة للخلف العام بأن الحيازة تنتقل اليه بصفاتها وخصائصها ، فان حيازة الخلف الخاص مستقلة عن حيازة السلف وليست استمرارا لها كما فى حالة الخلف العام . وعلى هذا يمكن أن تختلف حيازة الخلف الخاص عن حيازة سلفه فى صفاتها .

فيمكن أن تكون حيازة السلف قانونية وحيازة الخلف عارضة ، وذلك كان يقوم مالك العقار بتأجيره لمستأجر ، هنا تعد حيازة

المستأجر عارضة بينما حيازة المالك أصيلة . ويمكن أن يحـــدث العكس كأن يقوم المستأجر أو المستعير الذى يحوز حيازة عرضيـــة ، ببيع العين المؤجرة الى شخص من الغير ، يصبح كمشتر حائـــــزا للعين كمالك أى لحساب نفسه .

وقد تكون حيازة السلف معيبة بعيب الخفاء أو الغمـــوض أو الاكراه ، ولكنها تنتقل اليه بعد ذلك خالية من العيب ، والعكس صحيح حيث يمكن أن تكون حيازة السلف سليمة ثم يشوب حيــــازة الخلف أحد العيوب السابقة .

ويضع القانون اليمنى قاعدة عامة فى هذا الصدد مؤداها أن الحيازة تنتقل الى الخلف بنفس نوعها وصفاتها التى كانت عليهـــا ، ويمكن أن تتغير صفات تلك الحيازة بعد ذلك فى يد الخلف .

الا أنه استثناء من تلك القاعدة فانه بالنسبة للخلف الـــذى يجهل أن سلفه كان غاصبا للشىء بل يعتقد أنه مالك له ، واستمـر فى حيازته للشىء على انه مالك ، فيعامل كأنه مالك الى أن يثبـــت العكس فلا تطبق عليه أحكام الغصب الا اذا ثبت أنه علم بــــأن

سلفه كان غاصبا للشيء لا مالكا له ومن وقت ثبوت علمه لا من وقت انتقال الشيء اليه ان كان الانتقال اليه أسبق (م ١٢٧٧) .

مؤدى ذلك أن الأصل هو اذا كان السلف قد بدأ حيازته بحسن نية ، كانت حيازة خلفه مبنية أيضا على حسن النية ، الا أنه اذا كان السلف سيء النية فان الخلف يستطيع أن يتمسك بحسن نيته عند بدء حيازته لعدم علمه بسوء نية سلفه .

ويستطيع الخلف أن يضم الى مدة حيازته مدة حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على ذلك من آثار (م ١٢٧٧) . وضم مدة الحيازة يمكن أن يفيد في حساب مدة التقادم ، الا أن هذا الضم يشترط فيه أن تكون الحيازة المراد ضمها خالية من العيوب وتتوافر فيها شروط الحيازة القانونية . هذا بالاضافة الى أنه يجب أن تكون الحيازة لدى كل من السلف والخلف بنفس المضمون ، أى أن تكون كل منها حيازة ملك أو حيازة انتفاع .

ثانيا

زوال الحيــازة

تزول الحيازة بفقد عنصريها المادى والمعنوى ،أو بفقـد أحد عنصريها فقط، الا أن المانع الوقتى لايؤثر على زوال الحيازة .

١ ـ زوال الحيازة بفقد عنصريها المادى والمعنوى :

تزول الحيازة بفقدها كلية أى فقد الحائز للعنصرين المـادى والمعنوى معا ،وذلك فى حالتين :

ـ تصرف الحائز فى الشىء الذى يحوزه الى الغير ، بالبيـع أو الهبة ،هنا يفقد الحائز الحيازة بتسليمها الى المشترى حـيث يبدأ حيازة جديدة .

ـ تخلى الحائز عن حيازة الشىء أى ترك السيطرة المادية عليه وقصد استعماله لحساب نفسه ، كمن يلقى بأشياء قديمة فى سلـة المهملات .

٢ ـ زوال الحيازة بفقد عنصرها المعنوى :

تزول الحيازة اذا فقدت العنصر المعنوى وحده ، أى اذا فقد الحائز قصد استعمال الشئ لحساب نفسه مع استبقائه للسيطرة المادية عليه لحساب شخص آخر مثال ذلك أن يظل المبيع فى حيازة البائع لحساب المشترى ، أو أن يحتفظ البائع بالمبيع بوصفه مستأجرا .

٣ ـ زوال الحيازة بفقد عنصرها المادى :

تزول الحيازة بفقد العنصر المادى وذلك بأن يفقد الحائز السيطرة المادية على الشئ بسبب اغتصابه منه أو سرقته أو ضياعه ان كان منقولا ، فالحيازة تزول اذا تخلى الحائز عن السيطرة الفعلية عن الحق ، أو اذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى .

وهنا ينبغى الاشارة الى أن الحيازة لا تنقضى اذا حال دون مباشرة السلطة الفعلية على الحق مانع وقتى ، وتنص على ذلك المادة ١٢٧٤ بقولها : لا تزول حيازة الملك بمانع وقتى يمنع الحائز من

السيطرة الفعلية على الشيء كغياب الحائز عن مكانه أو وجود عذر لديه من صغر أو جنون ونحو ذلك .

فالنص يبين أنه وان كانت السيطرة الفعلية على الشيء هي المظهر الاساسي لحيازته والثبوت عليه الا أن المانع الوقتي الذى يمنع من هذه السيطرة الفعلية على الشيء لا يزيل الحيازة ، كأن يغيب الشخص عن مكان الشيء أو يكون لديه عذر شرعي من صغر أو جنون ونحو ذلك ، فان الحيازة في مثل هذه الأحوال تستمر للغائب أو الصغير أو المجنون اذا لم يكن لديه من . يمثله ، طالما أن الحيازة الفعلية لم تنتقل للغير .

فالمانع الوقتي لا يؤثر في الحيازة ، سواء أكان مانع طبيعي أو قوة قاهرة كالفيضان الذى يغمر الأرض لمدة موقوتة ، أو الحرب التي تجبر الناس على ترك عقاراتهم والهجرة بعيدا الى حين استقرار الأوضاع .

فزوال العنصر المادى مؤقتا لا يؤثر على بقاء الحيازة لأن الحائز يظل محتفظا بها عن طريق الركن المعنوى وحده ولكن

ذلك مشروط بالا توجد حيازة أخرى على الشئ تمنع الحائز الأول ، من مباشرة سلطاته .

ولا يؤدى التوقف عن مباشرة الركن المادى للحيازة بسبب السفر مثلا الى فقدانها طالما لم تنشأ على العين حيازة جديدة ،وتظل الحيازة قائمة طالما كان بالامكان العودة ومباشرة الأعمال المادية المكونة للحيازة بلا عائق .

ويعتبر اغتصاب الحيازة من قبيل المانع الوقتى الذى لا يؤدى الى زوالها كلية طالما كان الحائز نشطا فى اتباع الطرق الشرعية لاسترداد حيازته .

وسرقة المنقول أو ضياعه تعتبران من الموانع الوقتية التى لا تؤدى الى زوال حيازة المنقول ،فللحائز أن يستبقى الحيازة بمحض نيته ما دام لم يفقد الأمل فى العثور على الشئ ،أما اذا فقد الحائز الأمل فى العثور على المنقول وكف البحث عنه فانه يفقد الحيازة بركنيها المادى والمعنوى بالتخلى كلية عن الشئ .

المبحث الثاني

آثار الحيازة

يحمي القانون الحيازة لذاتها بوصفها حالة واقعية ظاهرة حتى ولو لم تكن مستندة الى حق ،بل ان القوانين الوضعية المعاصرة ــ بصفة عامة ــ ترتب عليها الكثير من الآثار القانونية الهامة .

ونعرض لتلك الآثار بصفة عامة قبل أن نعرض للآثار المحدودة التي رتبها القانون اليمني على الحيازة .

المطلب الأول

الآثار العامة للحيازة

لعل أهم الآثار التي تترتب على الحيازة بصفة عامة هي أنها : وسيلة لاثبات الحق العيني ، وسبب من أسباب كسب الحق العيني ، وسبب في تملك الحائز للثمار ، سند أحقية الحائز في استرداد المصروفات ، مسئولية الحائز عن الهلاك أو التلف ، ونعرض لتلك

الآثار طبقا لأحكام القانون المصرى مثلا .

(أ) الحيازة قرينة على الملكية :

القاعدة أن من كان حائزا للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس، فاذا ثار نزاع حول حق من الحقوق ،فان القانون يأخذ بالوضع الظاهر ويجعل الحائز فى مركز المدعى عليه ويقع عبء الاثبات على من ينازعه ملكية الحق .

فاذ اثبتت الحيازة فانها تكون قرينة على الملكية . فيفترض أن الحائز مالك حتى يقيم المدعى الدليل على العكس،لذ لك كان الحائز مدعى عليه دائما فى دعاوى الملكية ، مع أن الحيازة نفسها قد تكون محل شك فى ثبوتها ، لذ لك يقتضى الأمر ايجاد قرينة أخرى هى الحيازة المادية التى توافرت شروطها من هدوء واستمرار وظهور ووضوح .فمن أثبت أن عنده هذه الحيازة المادية تمسك بذ لك قرينة على الحيازة القانونية .وعلى من ينازعه أن يثبت أنه هو الحائز ، وان الحيازة المادية هذه انما كانت لحسابه مثلا ، أو كانت غير مقترنة بالعنصر المعنوى .

ويتبين من ذلك أن من يستطيع اثبات الحيازة المادية لنفسه ،له أن يتخذ منها قرينة على الحيازة القانونية ، ثم يتخذ من هذه قرينة على الملكية ذاتها ،وفى هذا تيسير كبير لاثبات الملكية ٠

يتخذ القانون الحيازة كأساس لقرينتين قانونيتين يتم من خلالهما اثبات حق الملكية ٠ فالحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية ،أى من له السيطرة المادية على الشئ يفترض أنه يحوزه لحساب نفسه الى أن يقوم الدليل العكسى ٠ ومن ناحية أخرى فان الحيازة القانونية قرينة على الملكية الى أن يثبت العكس، أى أن من يسيطر على الشئ سيطرة مادية يفترض أنه المالك لهذا الشئ ، وعلى من ينازعه الملكية أن يثبت عكس هذه القرينة ٠

(ب) الحيازة سبب كسب الحق العينى بالتقادم:

تؤدى الحيازة المستمرة خمس عشرة سنة الى كسب الحق العينى على العقار أو المنقول ، واذا اقترنت الحيازة بالسبب الصحيح وحسن النية فانها تؤدى الى كسب ملكية المنقول فور قيامها ،وتؤدى الى كسب ملكية العقار بمرور خمس سنوات ٠

١ ـ من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به • كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العينى اذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة •

فاذا اكتملت شروط التقادم وتمسك به الحائز فانه يصبح مالكا للشيء أو صاحب الحق العينى محل الحيازة ، وتكون هذه الملكية بأثر رجعى أى منذ بدء الحيازة ، ويترتب على ذلك أن الحائز يكسب ثمار الشيء طوال مدة الحيازة ولو كان سيء النية •ويستطيع أن يدافع عن حقه المكتسب بطريق الدعوى أو الدفع ،فاذا رفع عليه المالك الحقيقى للشيء دعوة استحقاق أمكنه أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم المكسب ،واذا اغتصب الغير حقه الذى يحوزه أمكنه رفع دعوى الاستحقاق ليسترد هذا الحق •

وتستقر الحقوق العينية التى يكون الحائز قد رتبها على العين قبل اكتمال فترة التقادم ، كالرهن والارتفاق ،وتصبح هذه الحقوق نافذة وباته كما لو كانت نافذة من المالك الحقيقى •وهذا هو

منطق الأثر الرجعي للتقادم ٠

وتزول التكاليف والحقوق العينية التي يكون المالك الأصلي قد رتبها على العين أثناء مدة التقادم ، اما ان كانت تلك الحقوق والتكاليف قد رتبت على العين قبل بدء التقادم فانها تظل قائمة بعد تمام التقادم ، فالحائز يكسب ملكية الشيء محملا بهذه الحقوق كالارتفاق والرهن ٠

٢ ـ اذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته الى سبب صحيح فان مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات ٠

والمراد بالسبب الصحيح في تملك العقار بالتقادم الخمسي هو كل تصرف قانوني يستند اليه واضع اليد في حيازته للعقار ، يجعل وضع يده عليه حلا لا سليما من شبهة الغصب في نظره واعتقاده ، والمراد بكون السبب صحيحا هو أن يكون بطبيعته ناقلا للملكية لو أنه صدر من مالك أهل للتصرف ٠ولهذا يصلح العقد الباطل نسبيا ، وكذلك العقد المعلق على شرط فاسخ مدة قيام

هذا الشرط لأن يكون سببا صحيحا لتمليك المشترى على أساسه العقار بوضع اليد .

وتعرف محكمة النقض المصرية السبب الصحيح موضع آخر بقولها : ان السبب الصحيح هو كل تصرف قانونى يستند اليه واضع اليد فى حيازته للعقار ويكون من شأنه نقل الملك لو أنه صدر من مالك أهل للتصرف .

ولعل أبرز الأمثلة على السبب الصحيح فى الحياة العملية عقد البيع الصادر من غير مالك . فاذا حاز المشترى العقار الذى اشتراه من غير مالك بحسن نية مدة خمس سنوات فانه يكتسب ملكيته بالتقادم الخمسى .

ويقصد بحسن النية أن الحائز يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، ويعتقد أن من تصرف اليه هو المالك أو صاحب الحق العينى موضوع التصرف . وتعبر عن ذلك محكمة النقض المصرية بقولها ان حسن النية هو اعتقاد المنصرف اليه اعتقادا تاما حين النصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه ، فاذا كان هذا

الاعتقاد يشوبه أدنى شك امتنع حسن النية . فالحائز يكون حسن النية اذا كان يجهل العيب الذى شاب السبب الصحيح .

وحسن النية مسألة واقعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ولا يكفى للاستفادة من التقادم الخمسى تذرع الحائز بجهله حقيقة الملكية أو أن أحدا لم ينبهه الى ذلك ،بل كان واجبه هو البحث والاستقصاء وراء هذا البيان ، والا كان تقصيره ممايتعارض مع حسن النية ولا يجوز له أن يفيد من تقصيره .

والقاعدة العامة هى أن حسن النية مفترض ما لم يقم الدليل على العكس،وتلك مسألة واقعية يقدرها قاضى الموضوع الذى له مطلق السلطة فى استخلاص سوء النية من نصوص العقد ومن الظروف الملابسة لتحريره .

ولا يشترط توافر حسن النية الا وقت تلقى الحق ،فلا يشترط حسن النية عند بدء الحيازة ، بل يكفى توافره عند تلقى الملكية بالسبب الصحيح ، فاذا اشترى شخص عقارا من غير مالكه ،فيكفى أن يكون حسن النية وقت البيع حتى ولو كان سيىء النية وقت

التسليم ، فالعبرة بحسن النية وقت تلقى الحق حتى لو أصبح الشخص سيىء النية بعد ذلك ٠

٣ ـ من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله ، فانه يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته ٠

فاذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز فى اعتباره الشىء خاليا من التكاليف والقيود العينية ،فانه يكسب الملكية خالصة منها ٠

والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك ٠

مؤدى ذلك أن من يحوز المنقول يفترض أنه مالكه ، ويقصد بالحيازة هنا الحيازة القانونية ،وقد رأينا أن من يحوز حيازة مادية يفترض أنه حائز حيازة قانونية فاذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد ، اعتبر بصفة مؤقتة أن الحائز هو من له الحيازة المادية ،الا اذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة

بطريقة معيبة ،أى أن الحيازة دليل على الملكية ما لم يثبت العكس، ولكن بشرط أن تكون الحيازة حقيقية ومقترنة بنية التملك وخالية من العيوب .

ويشترط لتطبيق قاعدة ان مجرد حيازة المنقول سند لملكيته ، عدة شروط:

١ ـ أن يكون الشيء منقولا أو حقا عينيا على منقول كرهن حيازة أو سند لحامله وهو منقول معنوى تجسد فأخذ حكم المنقول المادى . ولا تخضع لتلك القاعدة المنقولات المعنوية كالديون والأوراق التجارية ومجموعات الأموال كالتركات المنقولة ،والمنقولات التى تعتبر أموالا عامة كالآثار ، والمنقولات التى يشترط القانون لنقل ملكيتها اجراءات شهر معينة .

٢ ـ أن تكون هناك حيازة متوافرة الشروط ،أى حيازة فعلية للمنقول بعنصريها المادى والمعنوى وان تكون خالية من العيوب ، ولا تكفى الحيازة الحكمية أو الرمزية فى هذا الصدد .

وتطبيقا لذلك تقرر محكمة النقض أن الحيازة لا تعتبر سندا

للملك فى المنقول الا اذا كانت فعلية بنية التملك بريئة من شائبة الغموض واللبس ، وهى لا تكون فعلية الا اذا ترتب عليها وجود الشيء المحوز فى مكنة الحائز وتصرفه ،ولا تكون بنية التملك الا اذا كان الحائز أصيلا يحوز لنفسه لا لغيره ،ولا تكون بريئة من اللبس والغموض الا حيث تخلص ليد واحدة لا تخالطها يد سواها مخالطة تثير الشك فى انفرادها بالتسلط على الشيء والتصرف فيه ،وعلى هذا فان حيازة مفتاح الخزانة هى حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعلا فى اليد ، وليست بذاتها دليلا قاطعا على حيازة ما هو فى الخزانة ·

٣ ـ أن تكون الحيازة مقترنة بحسن النية ، وحسن النية مفترض كما هى القاعدة ،ومفهوم حسن النية هنا هو كما تعرضنا له فى التقادم الخمسى جهل الحائز بأنه يعتدى على حق الغير · ويجب أن يتوافر حسن النية وقت بدء حيازة المنقول ·

٤ ـ ان تستند الحيازة الى سبب صحيح ، والسبب الصحيح يفرض هنا بخلاف السبب الصحيح فى التقادم ،فمجرد الحيازة يفرض

معها حسن النية والسبب الصحيح ،حتى يقوم الدليل العكسى ٠ وهو نفس معنى السبب الصحيح فى التقادم أى هو التصرف القانونى الناقل للملكية الصادر من غير مالك ، والذى كان يصلح لنقلها لو أنه صدر من المالك ٠

الا أن السبب الصحيح فى التقادم الخمسى يجب اثباته من الحائز الذى يتمسك به ، اما فى حالة تملك المنقول بالحيازة ، فان السبب الصحيح مفترض وجوده لدى الحائز ولا يكلف باثباته ،وعلى المالك الحقيقى الذى ينازع الحائز اثبات عدم وجود السبب أو عدم صلاحيته لانتاج آثاره القانونية ٠

فاذا توافرت الشروط المتقدمة فانه يترتب على حيازة المنقول ــ دون اشتراط أى مدة ــ اثران :

ــ أثر مكسب ،أى أن الحائز يكسب ملكية المنقول بمجرد حيازته دون اشتراط مدة زمنية معينة ٠

ــ أثر مسقط ،وهو أن تزول التكاليف والقيود العينية التى تثقل المنقول ،فلو وضع الحائز يده على منقول وهو مرهون رهن

حيازة ملكه فى الحال خالصا من الرهن . ولكن يشترط لذلك حسن نية الحائز . أى عدم علمه بوجود تكليف على المنقول ، فاذا تلقى الحائز المنقول معتقدا أنه خاليا من التكاليف كحق انتفاع أو استعمال أو رهن ،فانه يكسب ملكيته خالصة من هذه التكاليف .

ويرد على هذه القاعدة استثناء فى حالة ضياع المنقول أو سرقته ،اذ يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله اذا فقده أو سرق منه ، ان يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة . فاذا كان من يوجد الشىء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله ،فان له أن يطلب ممن يسترد هذا الشىء أن يعجل له الثمن الذى دفعه .

(جـ) كسب الحائز حسن النية للثمار:

يكسب الحائز الثمار التى يقبضها ما دام حسن النية . وتعتبر الثمار الطبيعية أو المستحدثة مقبوضة من يوم فصلها ،أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما .

ويكون الحائز سيئ النية مسئولا من وقت أن يصبح سيئ النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى انتاج هذه الثمار .

ويشترط لذلك أن يكون الشخص حائزا للشئ (عقار أو منقول) حيازة قانونية ، وان يكون حسن النية وقت قبضه للثمار ، أى يعتقد أنه يملك العين التى انتجت الثمار ملكا صحيحا وان له الحق فى قبضها ، ولا يشترط أن تكون حيازته مستندة الى سبب صحيح .

ويقصد بالثمار الطبيعية تلك التى ينتجها الشئ دون تدخل من الانسان ، كالاعشاب ، أما الثمار المستحدثة أو الصناعية فهى التى تنتج بفعل الانسان كالمحاصيل الزراعية . ويتملك الحائز هذين النوعين من الثمار بمجرد فصلهما عن الأرض كجنى المحصول أو قطف الثمار .

أما الثمار المدنية فتتمثل فيما يدره الشئ من دخل نقدى كأجرة المنزل أو الأرض الزراعية ، وأرباح الأسهم والسندات ، هذه الثمار يتملكها الحائز يوما فيوما .

وينتهي حق الحائز في كسب الثمار منذ الوقت الذى يصبح فيه سيىء النية أي منذ علمه بعدم أحقيته في الحصول على الثمار . فمنذ ذلك الحين يكون مسئولا عن كل الثمار التى قبضها أو قصر في قبضها ، ويجوز له أن يسترد ما انفقه في انتاج هذه الثمار .

(د) استرداد الحائز للمصروفات:

يلتزم المالك الذى يسترد ملكه من الحائز بأن يؤدى اليه جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية ، التى تنفق فى سبيل الحفاظ على الشيء كتقوية وتدعيم أساسات المنزل .

أما المصروفات النافعة التى تنفق لتحسين الشيء أو زيادة قيمته ، فتطبق بشأنها قواعد الالتصاق السابق دراستها .

وبالنسبة للمصروفات الكمالية التى تنفق لمتعة الحائز الشخصية كتزيين المنزل بالزخارف والكماليات ، فليس للحائز أن يطالب المالك عنها بشيء ، وله أن ينزعها على أن يعيد الشيء الى حالته الأولى الا اذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة .

واذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق وأثبت أنـه أدى الى سلفه ما أنفق من مصروفات كان له أن يطالب بها المسترد ويجب على الحائز أن يثبت ما دفعه ٠

ويجوز للقاضى بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسبـا للوفاء بتلك المصروفات ، فله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقسـاط دورية ، بشرط تقديم الضمانات اللازمة ٠

وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام اذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانونى لغايـة مواعيد استحقاقها ٠

(هـ) مسئولية الحائز عن الهلاك والتلف :

ـ اذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشىء وفقا لما يحسبه من حقه ، فلا يكون مسئولا قبل من هو ملزم برد الشىء اليه عـن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع ٠

ولا يكون الحائز مسئولا عما يصيب الشىء من هلاك أو تلـف ،

الا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف •

فالحائز حسن النية له أن يملك ثمار الشيء وينتفع به دون أن يكون مسئولا قبل مالكه عن نقص قيمته بسبب هذا الانتفاع •• فاذا هلك الشيء في يد الحائز حسن النية ، فلا يكون مسئولا عنه ما دام أنه كان يستغله وفقا لما يحسبه أنه حق له ، ولا يرد للمالك الا ما عاد عليه من فائدة بسبب هذا الهلاك أو التلف من مبلغ تأمين أو تعويض•

أما اذا كان الحائز سيئ النية فانه يكون مسئولا عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئا عن حادث مفاجيء ، الا اذا اثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا في يد مستحقه •

فالحائز سيئ النية يسأل عن هلاك الشيء أو تلفه سواء أكان ذلك بخطأ أو بغير خطأ لأن الحيازة بسوء نية تعتبر خطأ كافيا لجعله مسئولا عن هلاك الشيء •

ويمكنه التخلص من المسئولية اذا أثبت أن الشيء كان يهلك ،

أو يتلف حتى لو بقى فى حيازة مالكه ، الا اذا كان الشــــىء منقولا واختلســه الحائز ، فانه يعتبر سارقا له ، ويسأل عن هلاكه فى جميع الحالات .

المطلب الثانــــى

آثار الحيازة فى القانون اليمــــنى

لم يرتب القانون اليمنى على الحيازة كل الآثار القانونية السابقة بل قصر أثر الحيازة على تمييز مركز الحائز فى حالة النزاع على الملكية حيث يصبح الحائز فى موقف المدعى عليه وعلى من ينازع فى ملكيته أن يقيم الدليل على هذه الملكية ، أى أن المشرع اليمنى اكتفى بجعــل الحيازة قرينة على اثبات حق الملكية .

وبالاضافة الى ذلك فان قانون الاثبات اليمنى جعل من حيازة العقار مدة خمس وعشرون سنة سببا فى منع سماع الدعوى بملكيـــة هذا العقار .

ونعرض لهذين الأثرين ، ثم نبين كيفية حسم النزاع بـــين الحائز ومدعى الملك .

الفرع الأول

أثر الحيازة في منع سماع الدعوى

تنص المادة ٣٨ من قانون الاثبات الشرعي على أنه " لا تسمع الدعوى من حاضر بحق في عقار مضى عليه خمس وعشرون سنة من يوم وضع اليد عليه من شخص يتصرف تصرف المالك بلا مطالبة ولا قرابة ولا مصاهرة ولا ظروف غير عادية تسود فيها الفوضى أو التغلب ويتعذر فيها الوصول الى الحق ، ويستثنى الميراث والوقف والشركة فلا تحدد بمدة ، والعبرة في اعتبار الشخص غائبا عن البلد هو بوجوده خارجها طوال المدة المقررة ، ويعتبر حاضرا اذا كان مترددا اليها ".

ويشترط لتطبيق هذا الحكم عدة شروط:

١ - أن تكون بصدد حيازة ثبوت ملك أي حيازة قانونية من حائز له سيطرة مادية على العقار . وتكون تلك الحيازة لحساب نفسه ، حيث يضع الحائز يده على الشيء ويتصرف فيه تصرف المالك .

٢ - يجب أن تكون الحيازة صحيحة أي خالية من العيوب ،

فهى ظاهرة وهادئة وغير غامضة لا لبس فيها ، ومن أمثلة الحيازة التى تثير اللبس ولا يعتد بها تلك القائمة على وجود صلة قرابة أو مصاهرة حيث لا يعرف فيها ما اذا كان الحائز يحوز لحساب نفسه أم لحساب أقاربه ، وهل يمارس حيازته كمالك أم على سبيل التسامح .

٣ ــ مضى خمس وعشرون سنة تبدأ بوضع اليد أى بالحيازة القانونية الصحيحة .

٤ ــ يجب ألا تكون بصدد ميراث أو وقف أو شركة ، فالعقارات الداخلة فى هذه الحالات الثلاث لا تنطبق بشأنها القاعدة مهما طالت مدة وضع اليد عليها ، ويجوز بالتالى لمالك العقار بالميراث أن يرفع دعوى بحقه فى هذا العقار على الوارث الذى يحوزه فى أى وقت دون التقيد بمدة محددة .

٥ ــ يجب أن تكون المدة مستمرة وهادئة لم تتخللها مطالبة من صاحب الحق .

٦ ــ ويجب ألا يكون هناك قوة قاهرة أو ظروف غير عادية

تمنع صاحب الحق من الوصول الى حقه ، ويمثل النص لذلك بالظروف التى تسود فيها الفوضى أو التغلب على نحو يتعذر فيها الوصول الى الحق ، مثال ذلك الحرب والاضطرابات الأهلية والكوارث الطبيعية .

ويفهم من النص أن غياب الشخص طوال تلك المدة يعتبر مانعا قانونيا يمنعه من الوصول الى حقه ومن ثم يستطيع رفع الدعوى على من يحوز العقار الذى يملكه حتى لو جاوزت مدة الحيازة خمس وعشرون سنة .

والعبرة فى اعتبار الشخص غائبا عن البلد هى بوجوده خارجها طوال المدة المقررة ، أما ان كان غيابه متقطعا أى أنه يتردد على البلد فيعتبر حاضرا ويمنع من رفع الدعوى .

ويترتب على توافر الشروط السابقة أن الدعوى التى يرفعها الشخص على الحائز ليطالب بملكية العقار الذى يحوزه تكون غير مسموعة ، ويستطيع الحائز أن يدفع بعدم سماع الدعوى أمام المحكمة .

ومؤدى ذلك أن ملكية العقار تثبت للحائز ثبوتا نهائيا ، أى

أننا نوجد أمام نفس النتيجة التى تترتب على التقادم المكسب ، حيث يكسب الحائز ملكية العقار الذى يحوزه بمرور خمس وعشرون سنة .

هل تم الغاء الحكم ؟

تنص المادة ١٢٨١ من القانون المدنى على أن تسمع دعوى الملك على ذى اليد الثابتة مطلقا ويحكم للمدعى اذا أقر له ذو اليد الثابتة ، أو بناء على مستندات كتابية خالية من شبهة التزوير مستوفية للشروط الشرعية أو بشهادة عدول ، فاذا لم توجد مستندات مستوفية للشروط ، أو شهادة عدول عمل بالقرائن ، وتعتبر قرينة وضع اليد الثابتة اذا لم تعارض بقرينة أقوى منها مع يمين ذى اليد دليلا كافيا .

وتعلق المذكرة الايضاحية على ذلك النص بقولها :

أقرت اللجنة الرأى القائل بأن الغصب فضلا عن أنه محرم فهو ظلم بين ولا يصح أن يكون سببا للملك مباشرة ، أو غير مباشرة مهما ثبت الغاصب على ما اغتصبه ، لقول الرسول الكريم (كل

المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه) وقوله من اغتصب شبرا طوقه يوم القيامة الى سبع أراضين) .

ومن ثم فقد نصت المادة على أن تسمع دعوى الملك على ذى اليد الثابتة مطلقا ، وبذلك تكون اللجنة قد عدلت عما سبق أن أقرته الهيئة العلمية لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المادة ٣٨ من قانون الاثبات الشرعى ، ويكون للمالك أن يرفع دعوى الملك على ذى اليد فى أى وقت ويحكم له اذا أقام البينة الشرعية على ملكه .

أى ان كاتب المذكرة الايضاحية يرى أنه قد تم العدول عن الحكم السابق ، أى تم نسخه بهذا النص اللاحق له ، ومن ثم فان دعوى الحق يمكن رفعها وسماعها من المالك على الحائز فى أى وقت دون التقيد بمدة محددة .

وند هب مع البعض الى عدم صحة هذا الرأى لعدة أسباب:

أولا ـ ان ما يرد فى المذكرة الايضاحية هو مجرد شرح ورأى لصاحبه وليس له قوة ملزمة كالنص محل التفسير .

ثانيا ــ ان عبارة النص لا تفيد الغاء النص السابق أو العدول عن حكمه ، لان ذلك الأمر يجب الاعراب عنه صراحة أو بصورة ضمنية قاطعة الدلالة .

ثالثا ــ لا نرى وجود تعارض مطلق بين النصين على نحو يؤدى بنا الى القول بأن هناك الغاء ضمنى للنص السابق من قبل النص اللاحق .

فنص القانون المدنى جاء عاما ، ونص قانون الاثبات نص خاص ومن المعروف بأن النص العام اللاحق لا يلغى النص الخاص السابق اذا تعارض حق بل يظل الأخير مطبقا فى حدود الغرض منه .

ويمكن التوفيق بين النصين على أن حكم القانون المدنى لا يجعل من الحيازة القائمة على الغصب سببا للملكية مطلقا أيا كانت المدة ، اما نص المادة ٣٨ اثبات فيعترف بأثر الحيازة القانونية الخالية من عيوب اللبس والغموض والخفاء والاكراه ، أى يعتد بالحيازة الهادئة الظاهرة الواضحة كسبب لمنع سماع الدعوى من المالك الذى يتهاون فى ملكه ويتركه للغير دون مطالبة مدة ٢٥ سنة .

وهذا هو المأخوذ به فى الفقه الاسلامى ، فقد ورد فى المدونة أن الامام مالك يرى " فيمن له شئ ترك غيره يتصرف فيه ، ويفعل فيه ما يفعل المالك الدهر الطويل ، فان ذلك مما يسقط الملك ويمنع الطالب من الطلب " .

ونؤيد الرأى القائل بأنه " ليس فى النصوص المنظمة لمنع سماع الدعوى فى قانون الاثبات حكم خاص بالمنقول ، فالمادة ٤٣ التى تحدد مدة سماع الدعوى بخمس سنوات فى سائر الحقوق لا تتعلق بعقار ، وتتناول حقوق الدائنية أى الحقوق الشخصية لأنها تقضى ببدء حساب المدة من تاريخ الاستحقاق الذى يبدأ من يوم ثبوت الحق ما لم يكن مضافا الى أجل للسداد ، فلا يعتبر مستحقا الا بعد انقضاء الأجل .

وليس من المتصور أن يكون القانون لا يحدد مدة لمنع سماع الدعوى بحق على منقول ، اذا كان يحدد مدة لمنع سماع الدعوى بحق على عقار . لذا يمكن القول تجوزا بانطباق حكم المادة ٤٣ ، على الدعوى بملكية منقول ، مع استلزام الحيازة بالشروط الواردة

فى ٣٨ الخاصة بالعقار ، أى منع سماع الدعوى بمضى خمس سنوات من وقت ثبوت يد المدعى عليه" .

أى أننا نصل الى نفس نتيجة التقادم حيث لا يستطيع صاحب الحق رفع الدعوى على الحائز حيازة قانونية لمدة معينة ، يطالبه بحقه ،وتلك المدة كما رأينا ٢٥ سنة فى العقار ،وخمس سنوات بالنسبة للمنقول وسائر الحقوق .

ولكن المشرع اليمنى لا يريد الاعتراف بتلك النتيجة مطلقا ، حيث يرفض صراحة التقادم أو الحيازة كسبب لكسب الملكية أو الحق بصفة عامة . ويفضل القول بعدم سماع الدعوى ،أى أن الحق يظل باقيا لصاحبه ، الا أنه يفقد وسيلة حمايته وهى الدعوى مما يقربنا من الالتزام الطبيعى ،وهى نفس النتيجة فى التقادم أيضا .

تنص المادة ١٢٧٩ على أنه لا يثبت حق بيد فى ملك الغير أو فى حقه أو فى حق عام الا ببينة شرعية ، واليد الثابتة على الشيء قرينة ظاهرة على الملك فلا يحكم للمدعى الخارج اذا لم يبين ولا حلف ردا ولا نكل خصمه وانما يقرذو اليد على يده .

وتعلق المذكرة الايضاحية على ذلك بقولها : هذه المادة توضح أن الحيازة أو الثبوت مهما طال أمدها لايمكن أن تكون سببا لتملك الحائز للشيء أو تقرير حق له عليه بل يبقى الشيء مملوكا لصاحبه الأصلي ، كما يبقى الحق المقرر لصاحبه مهما طالت حيازة الغير للشيء أو طال حرمان صاحب الحق منه ويلزم لانتقال الملك أو الحق الى الغير دليل شرعي على سبب شرعي صحيح يكسبه الملك أو الحق كشراء أو نحوه . فالحيازة ليست بحال سببا لملك شيء أو حق عليه .

الفـــرع الثانـــى

الحيــازة قرينــة على الملكيـــة

تنص المادة ١٢٧٨ على أن من كان حائز الشيء أو حق اعتبر مالكا له ما لم يقم الدليل على غير ذلك.

وتضيف المادة ١٢٧٩ بأنه لا يثبت حق بيد فى ملك الغير أو فى حقه أو فى حق عام الا ببينة شرعية ، واليد الثابتة على الشيء قرينة ظاهرة على الملك ، فلا يحكم للمدعى الخارج اذا لم يبين ولا حلف ردا ، ولا نكل خصمه وانما يقر ذو اليد على يده .

يقرر هذان النصان مبدأين رئيسيين هما :

الأول : الحيازة ليست سببا لكسب الملكية :

فالحيازة أو الثبوت مهما طال أمدها لا يمكن أن تكون سببا لتملك الحائز للشيء أو تقرير حق له عليه ، بل يبقى الشيء مملوكا لصاحبه الأصلى ، كما يبقى الحق المقرر لصاحبه مهما طالت حيازة الغير للشيء أو طال حرمان الحق منه ويلزم لانتقال الملك أو الحق الى الغير دليل شرعى على سبب شرعى صحيح يكسبه الملك أو الحق

كشراء أو نحوه ، فالحيازة ليست بحال سببا لملك شئ أو حق عليه مع ملاحظة ما قررناه فى الصفحة السابقة بخصوص عدم سماع الدعوى بالحق فى الملك بمضى المدة .

الثانى : الحيازة قرينة على الملكية :

فحيازة الشئ أو الثبوت عليه حيازة وثبوت ملك تدل على أن ذا اليد مالك للشئ الذى يحوزه وثبت عليه ،ما لم يقم الدليل الشرعى على غير ذلك ، فالحيازة أو الثبوت على الشئ مجرد قرينة بسيطة على الملك ،ويجوز لمن يدعى الملك لنفسه دون ذى اليد الحائز للشئ والثابت عليه ثبوت ملك أن يثبت ما يدعيه فان ثبت كانت الملكية له .

ولا يحكم للمدعى الا اذا قدم بنية شرعية ملكه ،وقد تكون البينة وثائق تثبت الملكية ،أو اليمين . فيمكن أن يوجه مدعى الملك اليمين الى الحائز فيردها عليه ،فاذا حلف اليمين تثبت له الملكية واذا رفض خسر دعواه ،وتثبت له الملكية أيضا اذا نكل الحائز عن حلف اليمين التى وجهها له .

الفــرع الثــالث

النزاع بين الحائز ومدعى الملك

اذا ثار نزاع بين الحائز وشخص آخر يدعى ملكية العين محـل الحيازة ، فان القاضى يفصل فى النزاع مسترشدا فى ذلك بالأســس الشرعية التى فصلها القانون المدنى فى هذا المجال ، وتتمثل تلك الأسس فى :

أولا ــ الحيازة ليست سندا للملكية ولكنها قرينة عليها :

وقد أوضحنا ذلك المبدأ فى الصفحة السابقة ، فالحيازة مهمـا طال امدها لا يمكن أن تكون سببا لتملك الحائز لما يحوز بل يبقـى الشىء مملوكا لصاحبه الأصلى .

الا أن الحيازة مجرد قرينة بسيطة على الملك ، فمن يحوز شيئا أو حقا يعتبر مالكا له مالم يقم الدليل على غير ذلك .

مؤدى هذا أن الحائز يكون فى مركز المدعى عليه ، ومدعـــى الملك يكون فى مركز المدعى ويقع عليه عبء اثبات ما يدعيه ، أى

يقدم الدليل على ملكيته للشيء أو الحق محل الحيازة . فاذا نجح في ذلك كسب دعواه ،واذا فشل ،فان صاحب اليد (الحائز) يقر على يده .

ثانيا ـ لا تنزع الحيازة الا بحكم قضائي :

يحمي القانون الحيازة في ذاتها ،بوصفها حالة واقعية ظاهرة ولو لم تكن مستندة الى حق ،ولكن باعتبارها قرينة على وجود هذا الحق ، الا أن يثبت العكس،وذلك حرصا على استقرار الأوضاع وسلامة الأمن الاجتماعي .

تنص المادة ١٢٨٤ على أنه ليس لمدعي الملك أن ينزع يد الثابت على الشيء بدون رضاه الا بحكم قضائي وله أن يلجأ الى القضاء ،ويجوز للقاضي أن رأى ذلك للمصلحة ، ان يعدل الشيء المتنازع عليه، بأن يأمر بتسليمه لعدل لحفظه لحين الفصل في دعوى الملك بحكم نافذ ، فيسلم الشيء لمن حكم له .

يضع المشرع قاعدة عامة مؤداها أنه ليس لمدعي الملك أن ينزع يد الحائز عما هو ثابت عليه بغير رضاه ، أي بالاكراه أو بالحيلة ،

دون اللجوء الى القضاء فى ذلك • بل يتعين على من يدعى الحق فى العين التى يحوزها غيره ان يلجأ الى القضاء ويطلب منه الحكم له بما يدعيه ويقيم الدليل الشرعى على صحة دعواه •

وللمدعى كذلك أن يطلب تعديل الشئ فى فترة التقاضى الى أن يحكم القضاء لأحد الطرفين بالحق • ويجوز للقاضى اذا رأى ذلك للمصلحة أن يعدل الشئ المتنازع عليه لدى عدل أمين يحفظه ويحفظ ثماره لحين الفصل فى دعوى الملك بحكم نافذ ، فيسلم الشئ وثماره لمن حكم له امتثالا لحكم القضاء •

أى أن القانون يحمى الحيازة بصفة موءقتة الى أن يقوم الدليل أمام القضاء على أنها ليست دليلا على الحق ،فينبغى عدم المساس بالحيازة ، ولو لم تكن مستندة الى حق ،بالغصب أو الاكراه أو الحيلة حتى ولو قام بذلك صاحب الحق فى الشئ محل الحيازة •

والسبيل الوحيد الى ذلك هو اللجوء الى القضاء وتقديم الدليل على وجود الحق لمن يدعيه • أى أن المشرع أراد سد باب المنازعات الفردية على الحيازة حرصا على استتباب الأمن

والاستقرار ،وعهد الى القضاء صاحب الاختصاص الأصيل والوحيد بحسم مثل تلك المنازعات الهامة ٠

وانتظارا لفصل القضاء فى المسألة قد يخشى صاحب الحق سوء نية الحائز الذى قد يشعر بضعف مركزه القانونى وعدم أحقيته فيما يحوزه ،فيلجأ من باب الكيد أو الاغتنام الى تبديد العين التى يحوزها أو سوء ادارتها أو استنزافها بأخذ أكبر قدر ممكن من خيراتها أو التصرف فيها على نحو يضيع حقوق المدعى بطريقة يصعب تداركها ٠ حقا أن كل تلك الأعمال ترتب مسئوليته أمام المدعى بسبب سوء نيته ولا يعتد بما قد يجريه من تصرفات ، الا أنه من باب الاحتياط أجاز المشرع لصاحب الحق أن يطلب من القاضى أن يتخذ بصفة مستعجلة قبل الفصل فى موضوع النزاع اجراءا تحفظيا يؤمن به حقه ٠

وللقاضى السلطة التقديرية فى ذلك على ضوء ظروف الدعوى وملابساتها ،وطبيعة العين موضوع الحيازة ، ومدى رجحان حق كل طرف فى النزاع ، فللقاضى أن يتخذ الاجراء الذى يراه ملائما

ومحققا للمصلحة فى هذا الشأن •

ومثال ذلك ، ان يعهد القاضى بالشيء محل النزاع الى يد أمينة لحفظه الى حين الفصل فى النزاع بصفة نهائية •

ثالثا — أحقية المدعى فى اثبات حقه بكل الطرق :

تنص المادة ١٢٨١ على أن تسمع دعوى الملك على ذى اليد الثابتة مطلقا ، ويحكم للمدعى اذا أقر له ذو اليد الثابتة ، أو بناء على مستندات كتابية خالية من شبهة التزوير مستوفية للشروط الشرعية أوشهادة عدول ، فاذا لم توجد مستندات مستوفية للشروط أوشهادة عدول عمل بالقرائن ، وتعتبر قرينة اليد الثابتة اذا لم تعارض بقرينة أخرى أقوى منها مع يمين ذى اليد دليلا كافيا •

يقرر النص المذكور المبادىء الآتية :

أولا — يجوز لمدعى الملك أن يرفع الدعوى على الحائز يطالب بأحقيته فى العين محل الحيازة ، فاذا كانت هذه الحيازة قانونية فان دعوى الملك لاتقبل بعد مرور خمس وعشرين سنة كما رأينا من قبل •

ثانيا : اذا كان الحائز مغتصبا أى أن حيازته قائمة على الغصب وتشكل عدوانا مبنيا على سوء النية ،فان الحيازة لاتكون قانونية ومن ثم يحق لصاحب الحق أن يرفع دعوى الملك على الحائز (المغتصب) فى أى وقت دون التقيد بمدة محددة .

وذلك لأن الغصب فضلا عن أنه محرم فهو ظلم بين ولا يصح أن يكون سببا للملك مباشرة ،أو غير مباشرة ،مهما ثبت الغاصب على ما اغتصبه ، وسواء أكان ذلك بالقوة أو بغير القوة ،جهارا أو خفية ،لقوله عليه السلام (كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه) ، وقوله من اغتصب شبرا طوقه يوم القيامة الى سبع أراضين

ثالثا : يكون لمدعى الملك أن يقيم الدليل على ملكه بالطرق الشرعية الآتية :

١ ـ اقرار الحائز صراحة بأحقية المدعى فى ملكه ، ويجب ألا تكون بصدد اقرار جزئى ،كان يقر ببعض الملك فقط ، أو بأحقيته فى الانتفاع دون الملك ، فالأصل أن الاقرار لا يقبل التجزئة .

٢ ـ تقديم مستندات كتابية خالية من شبهة التزوير ومستوفية

ويتبع فى هذا الترجيح الأسس الآتية التى تضمنتها المادة ١٢٨٢ :

١ ــ أن كان المستند الكتابى صادرا من أحد الحكام المعروفين وصرح فيه بلفظ يفيد الحكم فهو حكم ، ويعمل بما جاء فيه ما لم يثبت الغاؤه أو تعديله من جهة أعلى لها اختصاص بمراجعته .

أى أننا أمام مستند رسمى تكون له حجيته ويعمل بما ورد فيه ولكن ذلك مشروط بأن يكون صادرا عن أحد الحكام المعروفين أى من موظف رسمى مختص وهذا ما يضفى عليه صفة الرسمية ، ويجب أن يكون قاطعا فى مضمونه ، متضمنا ما يفيد الحكم فى المسألة بملكية العين لصاحبها ، وينبغى ألا يكون المستند قد تم تعديله أو الغاؤه من جهة أعلى . والأصل أن المستند قائم وسارى وعلى من يدعى الالغاء أو التعديل أن يقدم الدليل على ذلك ، ونرى هذا الدليل لابد أن يكون مكتوبا ، حيث لا يمكن اثبات عكس الكتابة الا بالكتابة .

٢ ــ ان كان المستند الكتابى صادرا من كاتب معروف الخط ، معروفا بالعدالة ، وكان مشهودا عليه من عدول ، وقرر فيه الكاتب

للشروط الشرعية :

٣ ـ البينة أى شهادة العدول

٤ ـ القرائن ، وهى كل ما يستمد من ظروف الحال والوقائع والملابسات من أدلة ترجح أحقية المدعى فيما يدعيه ، وغالبا ما تكون أمام قرائن قضائية يقدرها القاضى بحسب معطيات النزاع الماثل أمامه .

٥ ـ اذا لم يتمكن المدعى من اثبات حقه بالطرق السابقة ، فان النص يضع القرينة القانونية البسيطة والتى مؤداها أن الحائز يفترض فيه ملكية ما يحوز . ويحكم القاضى بمقتضى تلك القرينة أى يرفض دعوى المدعى ويبقى يد الحائز على العين بعد أن يوجه اليه اليمين على صدق حيازته ومشروعيتها .

رابعا ـ الاثبات بالمستند الكتابى :

اذا قام التعارض بين الحائز ومدعى ملك العين محل الحيازة ، وقدم المدعى مستندا كتابيا يستند اليه فى اثبات حقه فهنا يرجح القاضى بين ذلك المستند وقرينة الثبوت أى الحيازة ،

والشهود معرفتهم بأن المتصرف تصرف وهو مالك لما تصرف ، عمل القاضي بما جاء به ٠

فالمستند الكتابي المقدم من مدعي الملك يعتبر دليلا كافيا ويعمل القاضي بما جاء فيه ، اذا اكتملت له شروط صحته وهي :

أ ـ أن يكون صادرا من كاتب معروف الخط معروفا بالعدالة ٠

ب ـ أن يكون مشهودا عليه من شهود عدول ٠

جـ ـ أن يقرر فيه الكاتب والشهود معرفتهم بأن المتصرف اليه مالك لما تصرف فيه ٠

أي اننا أمام مستند عرفي غير صادر من جهة رسمية بل يحرره الأفراد فيما بينهم كدليل اثبات على التصرف الناقل للملكية من أحدهم الى الآخر ، مثال ذلك من يبيع قطعة أرض لشخص ويحرر ذلك بواسطة كاتب عدل معروف في مستند ، يوقع عليه شهود عدول ، يقرون بصحة التصرف لصدوره من مالك لما تصرف فيه ٠

٣ ـ اذا لم يصرح الكاتب والشهود في المستند بأن المتصرف مالك لما تصرف فيه ، وعليه تحميد مجمل من حاكم ، كان المستند

قرينة ضعيفة تتساوى مع الثبوت ، فيلزم الترجيح بينهما بمرجح .
ويكون للقاضي أن يسأل ذا اليد الثابتة عن مستند بثبوته ، فان قدمه وكان شراء أو هبة ونحوهما مكتوبا بخط كاتب معروف بالعدالة ومشهودا عليه من شهود عدول ، ومذكورا فيه ان الكاتب والشهود يعرفون أن المتصرف مالك لما تصرف فيه حكم بمقتضاه .

وان كان ميراثا ، طلب القاضي من ذى اليد تقديم ما يتضمن ذكر نصيبه من تركة مورثه ، فان قدمه ، بحث القاضي في تملك المورث للموضوع المتنازع عليه ، فان اعياه الحال ، وتمسك ذو اليد الثابتة بثبوته ، نظر القاضي في أدلة مدعى الملك وأدلة مدعى الثبوت مرجحا الأقوى على الأضعف بالقرائن .

في هذا الغرض نوجد أمام مستند كتابى عرفي فقد الشرط الأخير من شروط صحته السابقة ، أى لم يصرح فيه الكاتب والشهود بأن المتصرف مالك لما تصرف فيه ، فانه في هذه الحالة لا يخرج عن كونه قرينة ضعيفة تتساوى مع قرينة الثبوت ، فيلزم الترجيح .

ويكون للقاضي ، عند الترجيح أن يسأل ذا اليد الثابتة عن

سبب ثبوته ،وذلك لأن تقديم مدعى الملك للمستند يجعل الظاهر معه ،فينقلب مدعى الثبوت مدعيا وعليه البينه ،أى أن عــب الاثبات يتغير ، فبعد أن كان الحائز مدعى عليه يصبح فى مركــز المدعى بعد أن يقدم خصمه المستند الناقص ، ويجب على الحائـز تقديم البينة .

وهنا لايخرج الأمر عن ثلاثة أحوال هى :

الأول : أن يقدم الحائز مستندا كتابيا عرفيا مستوفيا الشروط الثلاثة السابقة ،فيكون مستندا صحيحا يتعين الحكم بما جاء فيه ، أى يحكم للحائز .

الثانى : أن يستند ذو اليد الى الميراث فيكلفه القاضــى بتقديم الفصل الذى يتضمن ذكر نصيبه من تركة مورثه ،فان قدمـه فانه لايعتبر حجة كاملة بل يعد بمثابة قرينة لصالحه ،ويكون علـى القاضى أن يبحث فى تملك مورث ذى اليد للموضع المتنازع عليـه ، فان ثبت له أن هذا الجزء كان ملكا للمورث ،حكم للوارث أى الحائز والا فلا .

الثالث : عدم جدوى الوسائل السابقة فى حسم النزاع القائم حيث يظل مدعى الملك متمسكا بدعواه والحائز بحيازته ،هنا لايكون أمام القاضى سوى الترجيح بين أدلة كل منهما من خلال القرائن المختلفة .

ويلاحظ على ذلك النص الذى يبين كيفية اثبات الملكية من خلال المستند الكتابى أنه قد أورد الكثير من التفصيلات الشكلية الغريبة التى لاتتفق مع روح العصر . ولا تعرفها الشريعة الاسلامية مثل اشتراط عبارات وألفاظ معينة وان يكون خط الكاتب معروفا .

وكان ينبغى ترك السلطة التقديرية للقاضى ليقدر مدى حجية المستند طالما لم يكن رسميا ، فالورقة الرسمية تكون لها حجيتها فى الاثبات ، أما الأوراق العرفية فيقدرها القاضى على ضوء مدى سلامتها وقرائن الدعوى الأخرى وملابساتها ليرجح بين الأطراف .

وكان المنطق يقضى بأن تظل قرينة الملكية قائمة لصالح الحائز الا أن يقدم مدعى الملك ما يفيد العكس أى ما يثبت

ملكيته للعين محل الحيازة ، أى أننا لسنا بحاجة الى كل هـــذا التعقيد الذى يرهق القاضى من خلال توزيع وتنقل عبء الاثبـات بين الخصوم .

خامسا ــ الاثبات بشهادة الشهود

يتم الاثبات بشهادة الشهود فى حالة عدم وجود مستند كتابى لحسم النزاع بين مدعى الملك والحائز ،وقد يقدم كل منهما البينة أو شهادة الشهود ، على نحو يستلزم الترجيح والمفاضلة بينهمـا ، وقد بين النص حكم الاختلاف فى الشهادة على الحيازة بقوله :

" اذا بين ذو اليد الثابتة وبين الخارج ، رجحت بينـــة الخارج الا لمانع شرعى يمنع من ذلك .

واذا بين خارجان ،كان الترجيح بينهما بالتحقيق أو النقل . التحقيق هو أن يثبت أن الشىء نتج عنه ، والنقل هو أن يثبـت أن الشىء انتقل اليه اما بشراء أو نحوه أو بابقاء كارث أو نحـوه . ويرجح ضمان التحقيق على ضمان النقل ويرجح ضمان الشـــراء ونحوه على ضمان الابقاء .

وإذا تساوت بينتا الخارجين قسم المدعى فيه بينهما » .

يضع النص الكثير من التفصيلات التى تعد من قبيل التزيـــد الذى يعوق حرية القاضى فى تقدير شهادة الشهود على ضـــوء الثقة التى يوليها لكل شاهد وقرائن الحال التى تؤيد شهـادة وتحبط أخرى .

ويمكن اجمال أسس المفاضلة بين الشهود عند الاختلاف فيما يلى :

١ ــ اذا حدث اختلاف فى الشهادة بين شهود الخارج الذى لا يحوز الشىء (مدعى الملك) وشهود الداخل الذى يحوزه (الحائز) ، بجحت شهادة مدعى الملك لأنه يدعى خـــلاف الظاهر فالبينة عليه .

لا شك أن ذلك منطق معكوس ، حيث كان ينبغى القـــول بعكس ذلك تماما ، اذ يقع على من يدعى خلاف الظاهر تقديـــم الدليل الاقوى ، اما أن تساوت الأدلة بأن قدم كل خصم شهودا ، بقى الأصل على أصله حيث قرينة الملكية فى صالح الحائز .

٢ ــ لا ترجح شهادة شهود الخارج اذا وجد مانع شرعى يمنع من الأخذ بها ،كان يشهد شهوده أنه اشترى الشئ من مالكه فى تاريخ معين ، فيشهد شهود الحائز أنه اشترى من نفس مالكه فى تاريخ أسبق ، فالبيع الأخير باطل لزوال الملكية عن البائع وتصرفه فيما لا يملك .

٣ ــ اذا وجد اختلاف بين شهود أكثر من شخص يدعى كل منهم ملكية الشئ فى مواجهة الحائز ، فترجح شهادة من ثبت أن الشئ نتج عنده لأن ملكيته محققة ، على شهادة من ثبت أن الشئ انتقل اليه شراء أو نحوه أو ابقاء كأرث أو نحوه . فمن يدعى ملكيته لمنزل وقدم الشهود لاثبات أنه هو الذى بناه ، يفضل من يدعى ملكية نفس المنزل مقدما الشهود على أنه اشتراه أو انتقل اليه بالميراث .

٤ ــ يرجح ضمان النقل بشراء أو نحوه على ضمان النقل بابقاء أو نحوه لأن نقل الملكية فى الحالة الأولى يتم بتصرف شرعى من الغير .

٥ ـ اذا تساوت بينتا الخارجين من يدعون الملكية من الخارج قسم الشيء بينهما اذ لا وجه تفضيل أحدهما على الآخر .

وكل ذلك يفترض بطبيعة الحال عدم أحقية الحائز فيما يحوز بشكل قاطع مما أدى الى استبعاده من نطاق المفاضلة بين المتنافسين على ملكية الشيء من الخارج .

سادسا ـ الاثبات بالقرائن :

لا مفر أمام القاضي ، في حالة النزاع على الملكية ، أو بين مدعى الملك والحائز ، من اللجوء الى القرائن للمفاضلة بين الخصوم .

وتنص المادة ١٢٨٣ على أنه عند الترجيح بين أدلة مدعى الملك وبين الحائز يكون الترجيح بقرائن الحال التي تلابس الثبوت على الوجه التالى :

١ ـ ينظر الى حال ثابت اليد ، وهل هو ممن يجوز منه الاغتصاب ، أو من سلفه وقت ادعاء الاغتصاب ، أم لا ، فان وجد كذلك ، فهذه قرينة تقوى حجة التمسك بالمرقوم على ذى اليد .

ينظر القاضى الى حال الحائز ، فان تبين أنه ممن يجوز منه الاغتصاب هو أو سلفه (من تلقى منه الحيازة) عند بدء الحيازة ، فهذه قرينة تقوى حجة من يتمسك بالمستند الكتابى الذى فقد شرط صحته وتعرضنا له سابقا . ويفضل صاحب هذا المستند على الحائز الذى اعتاد الغصب . ولا شك أن الاعتياد على الغصب واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة الطرق سواء بالسوابق القضائية أو بشهادة الشهود .

٢ ـ ينظر الى مدة ثبوت ذى اليد ، ومتى بدأت ، فان كانت متأخرة عن التاريخ الذى كتب فيه المرقوم ، فهذه قرينة تقوى حجة المتمسك بالمرقوم على ذى اليد .

أى أن القاضى ينظر الى مدة حيازة واضع اليد ومتى بدأت ، فان كانت سابقة على تاريخ المستند الذى يقدمه مدعى الملك ، فان ذلك يقوى حجة الحائز ، لأن المستند لم يصدر منه مع أنه كان حائزا للشىء المتنازع عليه وقت صدوره .

وان كانت حيازة الحائز قد بدأت فى تاريخ لاحق على تاريخ

المستند ، قويت حجة صاحب المستند لأن مستنده سابق على حيازة واضع اليد ٠

٣ ـ ينظر الى حال المتمسك بالمرقوم ،وهل كان حاضرا فى مكان الشىء المتنازع عليه فى مدة ثبوت ذى اليد ، أم كان غائبا ، فان كان غائبا أو ضعيفا ، أو ذا بلاهة كان ذلك مقويا لحجته على ذى اليد ٠

فالقاضى ينظر الى حال المتمسك بالمستند الكتابى ،وهل كان حاضرا فى مكان الشىء المتنازع عليه أثناء حيازة الغير له أم كان غائبا ،وهل هو قوى لا يخشى مجابهة الحائز بأنه المالك ، أم ضعيف أمامه ٠

فان كان غائبا أو كان ضعيفا ،أو ذا بلاهة فان ذلك يقوى حجته على ذى اليد ، لأن حالته مدة الثبوت كانت تعجزه عن المطالبة بحقه ٠

٤ ـ ينظر الى حال الجهة التى حصل فيها النزاع ،وهل

تجرى فيها الأحكام الشرعية ،وينصف المظلوم وقت ادعاء الغصب ، فان كانت كذلك كان ذلك مقويا للثبوت .

أى ينظر الى حال الجهة التى حصل فيها النزاع ،وهل تجرى فيها الأحكام الشرعية ، ويؤخذ حق المظلوم من الظالم ، فان كانت كذلك قويت حجة الحائز ، وان كانت غير ذلك حيث تعم الفوضى وينتشر الظلم كان ذلك مقويا حجة صاحب المستند .

وهذه قرينة غريبة فى وقتنا الحاضر حيث يشكل الأخذ بهما مساسا بسيادة الدولة وادارتها اللامركزية وتشكيكا فى وجود مرفق قضائى يتسم بالنزاهة فى كل أرجاء الدولة .

فكيف يفترض المشرع وجود جهة فى أرض اليمن الآن لا تطبق فيها الأحكام الشرعية وتعم الفوضى وينتشر الظلم؟ وهل يفترض المشرع وجود ذلك خارج أرض الدولة ؟ وبفرض وجود هذا الأمر بدولة أخرى ، فانه لن يؤثر من قريب أو بعيد لأن منازعات الحيازة ذات طبيعة عينية يختص بها القاضى الوطنى طبقا للقانون الدولى الخاص، فاذا ثار نزاع على الملك أو الحيازة أمام القاضى اليمنى

فان ذلك يفترض بالضرورة وجود المال على أرض الاقليم الوطني هنا . ولا مجال لافتراض امكانية وجود قرينة الظلم على جزء من أرض الدولة حيث يشكل ذلك اعترافا صريحا من المشرع بالتشكيك في وجود السلطة وفعاليتها ، وهذا بالتأكيد مالا يقصده المشرع الذي نقل العبارة من بطون الكتب الصفراء التي وضعت في زمن يختلف فيه مفهوم السلطة والسيادة ، مبالغة منه في الرغبة بالأخذ بأحكام الشريعة الاسلامية ، مع أن مثل هذه الأحكام لا صلة لها بالشريعة الغراء .

وكان الأجدر بالمشرع أن يوكل الأمر الى السلطة التقديرية للقاضي ، في حالة عدم وجود دليل كتابي كامل ، ليفاضل بين الأدلة المقدمة وقرائن الحال ، ويعطي حكمه مستهديا بالظروف والملابسات الخاصة بكل قضية على حدة .

الفصل الثانى

الغصـــــب

تعريف الغصب:

الغصب هو الاستيلاء على مال الغير، أو حقه، عدوانا بدون سبب شرعى (م ١٢٨٥)، فلا يهم أن يكون ذلك بالقوة أو بغير القوة، جهاراً أو خفية، وسواء كان الغصب ابتداء أو تلقاه عن الغاصب، المهم أن يكون الاستيلاء على مال الغير أو حقه بدون سبب شرعى يخول المستولى على الشىء ملكيته أو الحق عليه.

فالغاصب يحوز المال، إلا أن هذه الحيازة بدون حق، وليس لها سند شرعى، لأن الغاصب يعتدى على ملك الغير وهو عالم بذلك، أى أن سوء النية لديه قائم ومؤكد، ولا تهم الطريقة التى استولى بها على المال، ويستوى أن يكون الغاصب هو الذى اغتصب مال الغير أو أنه تلقاه عن غاصب آخر.

وعلى هذا يفترق الغصب عن الحيازة فى أنه مجرد حيازة عرضية معيبة فى نشأتها لأنها تشكل تعديا على مال الغير أو

حيازته ،لذا فهى مركز قانونى غير مشروع لا يرتب أية حقوق لصاحبه ، بل يلقى على كاهله العديد من الالتزامات ، كالالتزام بالرد والضمان والتعويض.

وهناك بعض الأفعال التى قد تشتبه بالغصب الا أنها لا تدخل فى عداده ، ويستبعدها القانون صراحة من نطاقه وهى :

١ ـ ما أباح العرف نقله ،أو كان نقله لخوف عليه ، أو لخوف منه أو لاخلاء الطريق ،لا يعد نقله على هذا النحو غصبا له ،ويكون امانة فى يد ناقله لحين رده الى مالكه (١٢٨٨) .

يبيح العرف أحيانا لغير المالك أن ينقل بعض الأشياء من مكان الى آخر لخوف عليها كما اذا كانت مُعرضة للتلف ،أو الخوف منها كما اذا كان حيوانا عقارا ، أو لاخلاء الطريق اذا كانت هذه الأشياء تزحمه وتعوق المرور فيه على خلاف المألوف .

ان نقل الغير لهذه الأشياء فى هذه الأحوال لا يعد غصبا ، وحكمه فى يد ناقله من مكانه أمانة لحين رده الى مالكه ، فان تلف بدون تعد أو تقصير من ناقله فلا ضمان عليه .

٢ ــ اذا وضع المالك الشئ في ملك غيره تعديا ، كان للغير ازالته من ملكه ، ولا يعتبر ذلك غصبا ولو أدى الى تلف الشئ اذا لم توجد طريقة أخرى لازالته (م ١٢٨٩) .

فاذا وضع المالك شيئا يملكه في ملك غيره تعديا ، فانه يكون للغير مالك المكان ازالته من ملكه . ويجب أن لا تكون الازالة مطلقة على نحو يعرض الشئ للتلف والضياع ، بل ينبغي نقل الشئ الى مكان حفيظ وآمن . وتكون أجرة النقل على نفقة المالك ، ويكون لمن نقله الرجوع بها عليه .

ولا تعتبر ازالة الشئ من ملك الناقل الى مكان حفيظ من قبيل الغصب له ، بل يكون الشئ أمانة في يد ناقله وحافظه .

التزام الغاصب بالرد :

يلتزم الغاصب برد الشئ المغصوب أو عوضه لصاحبه .

يلزم الغاصب رد عين المغصوب الى مالكه ، ولو نقدا ما لم يتلف أو يستهلك فيلزمه رد مثله ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا ، ولا يلزم الغاصب الا ما استولى عليه بفعله هو لا بفعل ذي اليد

الثابتة ظاهرا ،أو ما فى حكمه كجحد الوديعة فى وجه مالكها بعد المطالبة ونحو ذلك (م١٢٨٦) ٠

رد العين: القاعدة أن الغاصب يلتزم برد الشىء المغصوب الى مالكه عينا ،أى أنه يلتزم برد نفس الشىء ولو كان مثليا يقوم مثله مقامه فى التعامل ،أى لا يمكن استبداله بشىء مثلى آخر ،فلو كان المغتصب قد اغتصب نقودا ،فانه يلتزم برد نفس النقود لا غيرها ، ولا شك أن تلك مبالغة تشريعية لا مبرر لها سوى الرغبة فى التشدد مع أنه فى امكان المشرع أن يتشدد فى مواجهة المغتصب ، من خلال الزامه بالتعويض وليس باشتراط مثل هذه الشروط الشكلية ٠

المهم ان النص يؤكد بأن المثل لا يجزى وانما يلزم رد العين المغصوبة ،وذلك مالم تتلف أو تستهلك ويستحيل الوصول الى عينها ٠

ويلتزم الغاصب برد عين لا قيمة له أو ما يتسامح فى مثله (م١٣١٢) ،فلا يجوز التسامح مع الظالم ولو فيما يتسامح فى مثله لتفاهته أو فيما لا قيمة له ،وعلى ذلك يلتزم الغاصب برد عين الشىء

الذى اغتصبه ولو كان مما لا قيمة له أو ما يتسامح بمثله ، ذلك أن الغاصب ظالم وفى الحديث الشريف ليس لعرق ظالم حق .

رد العوض: اذا تلف الشيء المغصوب أو استهلك واستحال الوصول الى عينه ، فان الغاصب يلتزم برد مثله ان كان الشىء مثليا لانه يقوم مقامه وذلك كالحبوب أو النقود . أما ان كان الشىء قيميا فان الغاصب يلتزم برد قيمته وذلك كالحصان أو التحف الثمينة أو المنزل .

والمقصود بالقيمة هو أوافر القيم من يوم الغصب الى يوم الطلب ، أى أعلى قيمة وصل اليها الشيء المغصوب فى هذه الفترة .

ويبين نص المادة ١٣١١ كيفية تقويم العين بقولها : كل مالا يتقوم وحده يقوم مع أصله ، ثم يقوم أصله بدونه ، فما بين القيمتين هو قيمته .

أى أنه اذا كانت العين متصلة بأصلها كالساقية المخصصة لرى الأرض فانها تقوم مع أصلها ، ثم يقوم الأصل بدونها ، والفرق بين القيمتين هو قيمة المتصل بأصله الذى لا يمكن تقويمه وحده ،

ويلجأ فى التقويم الى عدول يعرفون حقيقة القيمة فى الحالتين بسبب خبرتهم فى ذلك .

واذا اختلف المالك والغاصب فى العين المغصوبة أو قيمتها فالبينة على المالك (م١٣١٣) ، أى أن المالك يعتبر مدعيا ومن تكون عليه البينة لأن البينة على من ادعى أخذا بالحديث الشريف .

فالغاصب يضمن العين المغصوبة اذا تلفت ، فان كانت من المثليات فانه يضمنها بمثلها ان وجد اما اذا تعذر وجود مثلها فيكون الضمان بقيمتها بأوفر القيم شأنها شأن القيمى الذى لا يوجد مثله (م١٣٠٩) .

أما ان كانت العين من القيميات التى لا مثيل لها فانه يضمنها بأوفر القيم التى وصلت اليها قيمة العين المغصوبة فى الفترة من وقت غصبها الى وقت طلب مالكها قيمتها من الغاصب (م١٣١٠)

ولا يجوز عوض العين المغصوبة عنها ان كانت باقية ، ويعتبر قبول المالك للعوض عنها بيعا منه لها يخضع لأحكام البيع (م١٣١٥) .

القاعدة أنه اذا وجدت العين المغصوبة فى يد الغاصب ، فانه يلتزم بردها الى المالك ولا يجوز التعويض عنها لأن العوض لا يجزى عن رد العين المغصوبة الى مالكها .

أما ان قبل المالك العوض رغم وجود العين وامكان استردادها فان ذلك يعتبر منه بيعا لها يخضع لأحكام البيع لأن المغصوب باق على ملك صاحبه الى أن يسترده ، فان قبل تركه للغاصب فى مقابل عوض كان ذلك بيعا .

لمن يكون الرد :

يصح رد المغصوب الى مالكه ، أو من يده يد المالك من ولى أو غيره أو الى من غصبه منه ، ما لم يكن غاصبا أو فى حكم الغاصب كالمجنون . والصغير ، والصبى غير المأذون ، والراعى فى غير أوقات رعايته (م ١٢٩٠) .

يكون رد الشىء المغصوب صحيحا اذا قام الغاصب بتسليمه الى المالك نفسه ، أو الى من نعتبر يده كيد المالك (النائب) كالولى أو الوصى أو نحوهما ، ويمكن رد الشىء الى من حصل منه الغصب ،

أى ممن اغتصب منه ،فهو كالمالك .

ولا يصح رد الشىء المغصوب الى المغصوب منه اذا كان بدوره غاصبا أو فى حكم الغاصب . ويعتبر فى حكم الغاصب الشخص الذى يخشى منه على الشىء المغصوب ،كالمجنون ،والصغير غير المميز ، والصبى المميز غير المأذون ،والراعى فى غير أوقات رعايته اذ هو غير ملزم بالمحافظة على الشىء ،وقد يتركه يتعرض للضياع .

واذا لم يعرف مالك العين المغصوبة تصير باليأس من معرفته أو انحصاره للمصالح (م١٣١٤) .

أى أنه فى حالة عدم معرفة مالك العين المغصوبة ، واليأس من الوصول الى شخصه أو تحديده (انحصاره) ان كان مجموعا من الناس لا يمكن حصرهم ، فان العين تخصص الى المصالح وتنفق فيها اى فى الخير .

واذا التبس مالك العين المغصوبة فى محصورين قسمت بينهم على الرؤوس (م١٣١٧) . أى أنه اذا كان المالك مجهولا بين محصورين أى بين عدة أفراد محددين فان ذلك يجعل لكل منهم

حقا فى العين المغصوبة ، ومن ثم تقسم عليهم بحسب الرؤوس.

كيف يتم الرد :

تبرأ ذمة الغاصب من العين المغصوبة وقيمتها اذ سلمها لمالكها عالما . ويكفى فى غير المنقول (العقار) أن يخلى بين العين وبين مالكها مع اعلام المالك بذلك ، وأن لم يقبضها الا أن يكون عدم القبض راجعا الى خوف أو غرامة (م ١٢٩١) .

لا تبرأ ذمة الغاصب من العين المغصوبة ومن قيمتها المضمونة بها برد ها الى أى وجه ولو عرضه للضياع أو التلف ، فبالنسبة للمنقول يكون الرد مبرئا لذمة الغاصب اذا رده الى مالكه .

أما بالنسبة للعقار فيتحقق الرد بالتسليم الحكمى أى بوضع العقار تحت تصرف صاحبه مع اعلامه بذلك ، وان لم يقبض المالك العقار أى يتسلمه فعلا لأن تمكين المالك من ماله يعد فى حكم التسليم .

أما اذا كان المالك غير متمكن أو غير قادر على استلام العقار

وقبضه بسبب خوف أو غرامه ، فان التمكن لا يعتبر فى حكم التسليم ولا تبرأ ذمة الغاصب ٠

مكان الـرد :

يلزم الغاصب برد العين المغصوبة الى موضع الغصب ، ويصح ردها الى موضع الطلب ان كانت موجودة فيه وقبل مالكها (م ١٢٩٢) ٠

يلتزم الغاصب برد العين المغصوبة الى المكان أو الموضع الذى اغتصبها منه ، حتى لا يكلف مالكها مشقة النقل أو أى غرامة بسبب ذلك ٠ أما اذا طلب المالك العين وقبل ردها فى المكان الذى توجد فيه وحصل فيه الطلب ، فان ردها على هذا النحو يعتبر صحيحا ومبرئا لذمة الغاصب ٠

أى أن القاعدة العامة هى التزام الغاصب برد العين الى نفس المكان الذى اغتصبها منه الا اذا وافق المالك على أن يكون الرد فى أى مكان آخر ٠

التزام الغاصب بالضمان :

تنص المادة ١٢٨٧ على أنه لا يضمن الغاصب من غير المنقـــول (العقار) الا ما تلف تحت يده ، ولكن تلزمه أجرة العين المغصوبة مدة بقائها معه ، ويلزمه اعادة العين الى صاحبها .

يلتزم الغاصب دائما باعادة العين الى صاحبها ، فاذا كانت عقارا فانه يلتزم أيضا برد أجرة العين أى ريعها وثمارها القانونيـة المستحقة عن مدة بقائها معه . ويلتزم كذلك بتعويض التلف الـذى يحدث للعقار أثناء وجوده تحت يده .

ولا ندرى ماسر تخصيص العقار بالحكم مع أن القاعدة واحـدة وهى ضمان الغاصب للعين أيا كانت عقارا أو منقولا ، وهو يلتزم بردها او رد قيمتها فى حالة التلف وكذلك الثمار بكل أنواعها .

والالتزام برد الأجرة أو الثمار يقع على عاتق الغاصب ولو لـــم يستعمل العين ما دامت تحت يده والى أن يردها لصاحبها أو الى يوم تلفها .

ويظل الالتزام بالضمان قائما على عاتق الغاصب الى أن يتم رد العين الى صاحبها حتى لو تأخر الرد بسبب وجود مانع أو عذر (م ١٢٩٤) .

ويلزم الغاصب ارش ما نقص من العين المغصوبة ولو بآفة سماوية ، ولو كان الناقص من زيادة بفعل الغاصب ، كحفر بئر زادت به قيمة الأرض ثم ضمها فنقصت قيمة الأرض (م ١٢٩٩) .

أى أن الغاصب يضمن أى نقص يحدث بالعين أثناء مدة الغصب ولو كان ذلك النقص بسبب أجنبى لا دخل له فيه أو بقوة قاهرة ، ويسأل عن النقص فى جميع الأحوال حتى لو كان من شأن هذا النقص الزيادة فى قيمة العين كحفر بئر فيها فزادت بالحفر قيمتها ، ثم طم البئر فنقصت قيمة العين المغصوبة ، فانه يضمن الفرق بين قيمة العين الزائدة بسبب حفر البئر وبين قيمتها التى نقصت بسبب طم البئر ، وذلك جزاء على الغصب .

الضمان فى حالة الغاصب من غاصب :

ـ الغاصب من الغاصب حكمه حكم الغاصب ، وللمالك الرجوع

بالعين المغصوبة وأجرتها على كل من غصبها بقدر مدة غصبه (م١٣٠٥) .

تطبق كل أحكام الغصب على الغاصب من الغاصب ، ويكون للمالك الرجوع على كل من غصب العين ليستردها ممن استقرت عنده أو مثلها ان كانت مثلية أو قيمتها بأوفر القيم فى حالة التعويض عنها بالقيم من أى ممن غصبوها ، أى أنهم يلتزمون بالتضامن فى مواجهة المالك برد العين أو قيمتها ، وللمالك أن يختار أى واحد منهم للرجوع عليه بالضمان .

ويستطيع المالك الرجوع على الغاصبين بأجرة العين ، ويلتزم كل منهم بالأجرة عن فترة غصبه لها ، ولا يسأل عن الأجرة فى فترة غصب الآخرين لها .

ـ القرار فى ضمان العين المغصوبة اذا تلفت على الأخير مطلقا ، وان لم يكن تالفا وغرم ارش النقص رجع به على الغار وبأجرة مثله ان كان له أجر على ما قد فعل (م١٣٠٧) .

يبين النص حكم ضمان العين المغصوبة اذا تعدد غاصبوها ،

فان ضمانها عينا يكون على غاصبها مطلقا لأنها استقرت عنده ، أى أن الغاصب الأخير يلتزم برد العين لمالكها . ويلتزم كذلك بتعويض المالك عما يصيبها من تلف أو نقص.

اما ان كان حسن النية غير عالم بالغصب فانه يستطيع الرجوع على من الغاصب الأصلى الذى غرربه ليأخذ منه ما دفعه من تعويض للمالك عن نقص العين أو تلفها وكذلك كل ما يكون قد أنفقه على العين وأجر المثل على العمل الذى بذله فيها ان كان هذا العمل مما يؤجر عنه عادة .

ـ واذا تجدد الغصب فى وقت نقصت فيه قيمة العين المغصوبة ثم تلفت فى يد الغاصب الأخير ، لزم الغاصب الأول ضمان نقصان القيمة ،واذا تجدد الغصب فى وقت زادت فيه قيمة العين المغصوبة لزم الغاصب الاخير زيادة القيمة فى وقت الغصب (م ١٣٠٠)

يبين النص حكم تجدد الغصب بأن يغصب غاصب جديد العين المغصوبة من الغاصب الأول . فان حدث الغصب فى وقت نقصت فيه قيمة العين عن قيمتها فى مدة الغصب الأول ،وتلفت

العين فى يد الغاصب الجديد وقيمتها لا زالت منخفضة ، فان الغاصب الأول يلتزم بضمان الفرق بين قيمة العين فى وقت غصبه لها ، وقيمتها وقت التلف فى يد الغاصب الثانى . والمعيار فى تقدير القيمة يكون دائما بأعلى قيمة تصل اليها فى هذه الفترة .

أما اذا تجدد الغصب فى وقت زادت فيه قيمة العين المغصوبة فان الغاصب الأخير هو الملزم بزيادة القيمة وذلك لأن كل غاصب للعين ضامن لقيمتها طبقا لأعلى قيمة تصل اليها خلال مدة غصبه لها .

الضمان فى حالة الغصب بالواسطة :

تنص المادة ١٣١٨ على أن يضمن أمر الضعيف قويا فقط ، وقرار الضمان على المأمور اذا كان عالما مختارا ، أو جانيا مطلقا ، والا فعلى الآمر .

يبين النص حكم القوى الذى يأمر الضعيف بالغصب . فاذا كان من يأمر الضعيف قويا أى له تسلط على المأمور على نحو يدفعه الى طاعته ، فانه يضمن رد العين المغصوبة أو قيمتها بصفة مطلقة .

أما اذا كان المأمور عالما ومختارا يستطيع معارضة الآمر ،
أو كان متعديا أى بدوره غاصبا ،فان الضمان يكون عليه وحده .

أما فى الأحوال الأخرى التى يكون فيها الأمر قويا فـان
الضمان يكون عليه وحده .

التغيير فى العين المغصوبة :

ـ اذا غير الغاصب العين المغصوبة الى غرض أو الى غير
غرض فللمالك الخيار بين أخذها مع ارش النقص أو أخذ قيمتها
صحيحة بأوفر القيم من يوم الغصب الى يوم التسليم ،ولو كان
التغيير الى غرض انفع فيما لا يمكن فصله (م ١٢٩٥) .

اذا غير الغاصب أو حول الشىء المغصوب الى شىء آخر
بضاعة أو اتلاف أو ما شاكل ذلك كتفصيل القماش وحياكته ثوبا ،
فان المالك يكون بالخيار بين أن يأخذ الشىء المغصوب بحالته
مع التعويض عن النقص ان كان هناك نقص ،أو أخذ قيمة الشىء
طبقا لاعلى قيمة وصل اليها فى المدة من يوم الغصب الى يوم
الرد .

ويسرى هذا الحكم ولو كان تغيير الشيء المغصوب الى غرض انفع جزاء للغاصب على غصبه .

ـ واذا خلط الغاصب ما اغتصبه بملكه حتى لا يمكن تمييزه فعليه ارجاع من جنسه ان كان مثليا ، أوقيمته بأوفر القيم ان كان قيميا ، وان فعل به ما يستحيل شيئا آخر أو غير معظم منافعه ، فان المالك بالخيار بين استرجاعه مع ارش النقص أو أخذ قيمته موفرة وتصير العين المغصوبة للغاصب (م١٣٠٢) .

فاذا قام الغاصب بخلط الشيء المغصوب بملكه حتى لا يمكن تمييزه ، فان ذلك يعتبر فى حكم اتلاف المغصوب ، ومن يضمنه الغاصب المثلى بمثله والقيمى بأوفر القيم ، ويؤول الشيء المغصوب الى الغاصب لأنه أدى الى مالكه ما يعوضه عنه .

أما اذا استحال (تم تحويل) الشيء المغصوب بفعل الغاصب الى شيئ آخر أوغيره على نحو يزيل من منافعه ، فان ذلك لا يرفع حق المغصوب منه عن ماله ، وانما يكون له الخيار بين استرجاعه مع الحق فى التعويض بما نقص من قيمته ، أو أن يعوض الغاصب عنه

المثلى بمثله والقيمى بأوفر القيم ،وفى حالة التعويض يؤول المغصوب الى الغاصب لانه أدى مقابله الى المغصوب منه ٠

ـ لا يحول دون رد العين المغصوبة وجودها فى داخل شىء مملوك للغاصب ، وان أدى الى اتلاف الشىء فيما لا يحرم اتلافه (م١٢٩٣) ٠

اذا تم ادخال العين المغصوبة فى شىء مملوك للغاصب بفعله أو بفعل غيره على نحو لا يمكن اخراجها منه الا باتلافه ، فانه يجوز اتلاف الشىء لاخراج المغصوب منه فيما لا يحرم اتلافه ،كعبد ابتلع المغصوب فانه لا يجوز قتله لاخراج المغصوب من جوفه اذا لم يمكن اخراجه الا بقتل العبد لان قتل الانسان محرم شرعا ٠

التصرف فى العين المغصوبة :

اذا تصرف الغاصب فى العين المغصوبة فان ذلك لا يؤثر على حقوق المالك الذى يكون له عدة ضمانات فى هذا الصدد :

ـ اذا كانت المتصرف اليه غاصبا بدوره أى يعلم بالغصب اعتبر

غاصبا وطبقت عليه كل أحكام الغصب . وقد عرضنا لذلك حالا .

ـ أما اذا كان المتصرف اليه حسن النية فان ذلك لا يؤثر على حق المالك فى استرداد العين المغصوبة ، أو ما يقابلها ، الا أنه يكون للمتصرف اليه الرجوع على الغاصب بما أداه للمالك وبما يكون قد خسره بسبب التصرف أو التغرير به .

اذ تنص المادة ١٣٠٦ على أنه اذا غرر شخص بآخر بأن أعطاه عينا مغصوبة دون أن يعلمه أنها غصب ولو كان جاهلا غرم الغار للمغرور كل ما أغرمه فى العين المغصوبة الا ما اعتاض المغرور عنه ما لم يضمن له الغار ضمان الدرك فيكون للمغرور الرجوع على الغار ولو اعتاض .

فاذا تصرف الغاصب فى العين المغصوبة بتصرف شرعى كبيع أو نحوه ، الى شخص حسن النية يجهل أنها مغصوبة ، فان ذلك يعتبر تغريرا بالمتصرف اليه ، وحكمه أن يدفع الغاصب (الغار) للمغرور (المتصرف اليه حسن النية) كل ما غرمه فى العين المغصوبة من ثمن ومصاريف ويستنزل من ذلك ما يكون قد اعتاض عنه

أى ما يكون قدحصل عليه المتصرف اليه من مقابل أو تعويضـــات ، ويندر وجود مثل هذه التعويضات اللهم الا اذا افترضنا مبلــغ التأمين المدفوع فى حالة هلاك العين المؤمن عليها ،أما ما تدره من ثمار فالأصل أنه يكون من حق المالك ، ويرجع بها على كل من كانت العين عنده عن الفترة التى وجدت فيها لديه كما رأينا مــن قــبل .

أما اذا كان الغاصب (الغار) قد ضمن للمتصرف اليــــه (المغرور) ضمان الدرك ، فان للمغرور أن يرجع على الغار بكل ما غرمه ولو كان قد اعتاض عنه من غيره ،أى أن المتصرف اليـــــه (المغرور) يجمع بين الفائدتين أو التعويض (تعويض الغــير وتعويض المغتصب)،ويعلل النص ذلك بأنه تنفيذ لحكم الضمـــان المشروط عليه لأن المؤمنين عند شروطهم .

ـ اذا كان من صارت اليه العين المغصوبة جاهلا لغصبها ضمن أجرة مثلها لمالكها ، وللمالك الرجوع على الغاصب بالفرق بين غلة العين وأجرتها بأوفر القيم (م ١٣٠٢) .

ـ أى أنه اذا آلت العين المغصوبة ، عن طريق تصرف بالشراء ونحوه ،أو ميراثا وما الى ذلك ، من الغاصب الى شخص يجهل الغصب ،فانه (من آلت اليه العين) يلتزم بأن يدفع للمالك أجرة مثل العين المغصوبة ان كان لمثلها أجرة ، فاذا كانت قيمة الغلة التى تنتج من العين تزيد على أجرتها ، فان للمالك أن يرجع على الغاصب الأصلى بالفرق بين قيمة أجرة العين وقيمة غلتها بأوفر القيم من يوم الغصب الى يوم الطلب .

ـ لا يملك الغاصب ما اشتراه بالعين المغصوبة أو بقيمتها (م١٣٠١) .

أى أن النص يحرم على الغاصب الاستفادة من الغصب ، فهو لا يستفيد من الثمار ، ولا من المقابل الذى يحصل عليه اذا تصرف فى العين المغصوبة بمقابل . فالغاصب لا يملك ما يشتريه بالعين المغصوبة نفسها أو بقيمتها اذا تصرف فيها بمقابل ،وذلك تأثرا بالحديث الشريف ليس لعرق ظالم حق .

ويترتب على ذلك أنه يكون من حق مالك العين المغصوبة أن

يبطل شراء الغاصب ، ويسترد ماله المغصوب من أى يد .

ويحق للمتصرف اليه الرجوع على الغاصب بما أصابه من ضرر ، ان كان لا يعلم بأن العين التى اشتراها مغصوبة ، أما اذا كان يعلم بالغصب فحكمه حكم الغاصب .

ــ وأخيرا فان المالك يستطيع اجازة تصرف الغاصب اذا كانت له مصلحة فى ذلك ، وتعتبر اجازة المالك لتصرف الغاصب بمثابة تصرف جديد (م١٢٩٨) . أى أنه اذا أجاز المالك تصرف الغاصب فى العين المغصوبة للغير كبيعه أياه ، فان تلك الاجازة تعتبر بمثابة تصرف جديد بنفس الشروط التى تصرف بها الغاصب .

حكم الزرع والغرس والمنشآت :

يفرق المشرع فى الحكم بين ما قد يقيمه الغاصب فى الأرض المغصوبة من زرع وغرس من جهة أو منشآت من جهة أخرى .

أ ــ فبالنسبة للزرع والغرس :

يجوز للمالك ولو بدون اذن القاضى أن يقلع زرع وغرس

الغاصب ويرجع بأجرة القلع وارش ما تلف من العين بأوفر القيم ، وله ابقاء الزرع والغرس لنفسه بقيمته قائما غير مستحق البقـــاء ، أو بابقائه للغاصب حتى ينضج بالاجرة ،وليس للمالك أن يفســد ما قلع اذا كان لايفسد بالقلع والا ضمن ما بين قيمته مقلوعا يغرس وقيمته مقلوعا لا يغرس(م ١٣٠٤) .

فبالنسبة للزرع والغرس الذى قد يقيمه الغاصب فى الأرض المغصوبة ،يكون المالك بالخيار بين أمور ثلاثة :

١ ـ للمالك الحق فى قلع غرس الغاصب وزرعه ، ولو بـــدون اذن القضاء ،وله أن يطلب من الغاصب أجرة القلع أى تكاليـــف الازالة ،هذا بالاضافة الى الحق فى التعويض عن كل ما يكون قـد اصابة من ضرر بسبب النقص أو التلف فى الأرض،وتعطيل الانتفـــاع بها مدة شغلها بالزرع والغرس.

ولكن ليس للمالك أن يتلف الزرع أو الغرس عند اقتلاعه اذا كان مما لايتلف بالقلع، فاذا أتلفه فهو يضمن الفارق بين قيمته مقلوعـا صالحا للغرس وقيمته مقلوعا غير صالح لذلك ،ويمكن القول بعمـل

مقاصة فى هذه الحالة بين ما يستحقه المالك وما يدين به نتيجة اتلاف الغرس والزرع .

٢ ـ للمالك أن يأخذ الزرع أو الغرس لنفسه قائما غير مستحق البقاء أى بقيمته اذا قلع لوقته . أى أن المالك يستطيع أن يبقى على الغرس والزرع لنفسه مع دفع قيمته مستحق الازالة وليست قيمته قائما .

٣ ـ للمالك أن يبقى الأرض المغصوبة للغاصب لحين نضج زرعه أو غرسه بالاجرة التى يتفق معه عليها ، أى أن المالك يؤجر الأرض للغاصب المدة اللازمة لنضج الغرس أو الزرع . ونرى أن المدة تشمل طوال فترة وجود الزرع بالأرض منذ بدء الزراعة حتى النضج وليس فترة النضج فقط . وتحدد الأجرة باتفاق الأطراف .

ب ـ أما بالنسبة للمنشآت:

اذا أحدث شخص شيئا فى أرض غيره بمواد مملوكة له كان لصاحب الأرض الخيار بين طلب ازالتها ، أو ابقائها فى مقابل أن يدفع لصاحبها اما تعويضا بقيمتها مستحقة أو ما زاد فى قيمة الأرض بسببها (م ١٣١٩) .

سبق أن تعرضنا لدراسة هذا النص بمناسبة تطبيق قواعد الالتصاق فنحيل الى هذا الموضع .

ولكن يجب ملاحظة أن المشرع قد أورد النص بصيغة عامة باستخدامه لفظ (شخص) وليس لفظ (الغاصب) ، ودون بيان ما اذا كانت المنشآت قد أقيمت باذن المالك أو بغير اذنه أى ما اذا كان البانى حسن أم سيء النية ، مما قد يوحى بأن الحكم يطبق على جميع الفروض ، وهذا أمر يجافى المنطق لأن كل فرض من هذه الفروض يختلف عن الآخر وله بالتالى حكما مستقلا ، وهذا هو مراد الشارع أيضا ، الا أن الصياغة لم تكن موفقة فى الاعراب عن هذا المراد .

لهذا ينبغى تفسير النص على النحو الذى يتفق مع الحكمة منه وقصد الشارع وحيث أن النص قد ورد فى باب الغصب فانه يقصد مخاطبة الغاصب ، أى أنه يواجه فرض قيام الغاصب باحداث منشآت فى الأرض المغصوبة .

ونرى تطبيق النص على كل من يقوم بالبناء على ملك الغير

بدون اذن صاحب الأرض ، أى كل من يقيم المنشآت وهو سيئ النية يعلم عدم أحقيته فى ذلك .

والحكم فى هذه الحالة هو أن يكون صاحب الأرض بالخيار بين :

١ ـ أن يبقى على المنشآت لنفسه فى مقابل تعويض صاحبها بقيمتها مستحقة القلع أى قيمتها مستحقة الازالة (انقاض) ، أوما زاد فى قيمة الأرض بسببها . أى أن المالك يدفع للغاصب أقل القيمتين : المنشآت مستحقة الازالة ، مايزيد فى قيمة الأرض نتيجة الابقاء على المنشآت بها ، وغالبا ما تكون القيمة الأولى أقل بكثير حيث تقدر كانقاض .

٢ ـ طلب ازالة المنشآت من الأرض على نفقة الغاصب واعادتها الى ما كانت عليه قبل ذلك باجراء الاصلاحات اللازمة فيها ، هذا مع الحق فى التعويض عن كل الأضرار التى قد تحدث بسبب النقص أو التلف فى الأرض ، ومقابل تعطيلها مدة وجود المنشآت بها

ثمار وفوائد الشيء المغصوب:

تنص المادة ١٢٩٦ على أنه يلزم الغاصب رد فوائد العين المغصوبة الأصلية كما يضمن العين بأوفر القيم .

وتنص المادة ١٢٩٧ على أنه يلزم الغاصب أجرة العين المغصوبة ولو لم ينتفع بها ولو كانت مما لا يجوز تأجيره كالمسجد .

يتضح من هذين النصين أن الغاصب يلتزم برد كل الثمار والفوائد والمنتجات التى تنتج عن الشيء المغصوب خلال فترة الغصب ،وقد تثير الصياغة اللبس حيث يتكلم المشرع فى النص الأول عن الفوائد الأصلية وفى النص الثانى عن الاجرة على نحو يوحى بأن الالتزام بالرد لا يشمل الانواع الاخرى كالفوائد الفرعية أو المنتجات ،الا أن ذلك ليس مقصود الشارع بطبيعة الحال لأن الأجرة مثال للفوائد الفرعية ،وتدخل المنتجات ضمن الفوائد الأصلية .

ونعيد التذكرة بأن الفوائد نوعان : أصلية وهى ما يتولد عن الشيء نفسه كالولد والصوف والتمر ، فرعية وهى ما ينتج عن استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فى منافعه كالثمار والغلال

التى يزرعها الانسان ،وأجرة الأرض أو العقار بصفة عامة •وفوائد الأسهم والسندات •

ويتضح من ذلك أن الفوائد بنوعيها الأصلية والفرعية تعتبر من قبيل الثمار ، لان الثمار هى كل ما ينتجه الشئ بصفة دورية ولا يؤدى أخذها الى الانتقاص من أصل الشئ كالأجرة والمحاصيل وثمار الفاكهة • أما المنتجات فهى عكس الثمار حيث لا تنتج عن الشئ بصفة دورية ويؤدى أخذها الى الانتقاص من أصل الشئ كالمعادن ومنتجات المحاجر • ويمكن أن تدخل المنتجات ضمن الفوائد الأصلية التى أوردها نص القانون اليمنى لانها من الأشياء التى تتولد عن الشئ نفسه بطبيعته •

والثمار اما أن تكون طبيعية (فوائد اصلية) ، أو مستحدثة (محاصيل) أو مدنية كالأجرة وكلاهما فوائد فرعية •

أيا ما كان الأمر فان الغاصب يلتزم بأن يرد للمالك كل ما ينتج عن الشئ المغصوب من فوائد أصلية أو فرعية أو بلغة أخرى كل الثمار الطبيعية والمستحدثة والمدنية وكذا المنتجات

التى انفصلت عن العين فى مدة الغصب .

والأصل أن يكون الرد عيناً أى يرد نفس الثمار والمنتجات التى قبضها أو تحصلها ، اما ان كانت هلكت أو استهلكت فان الغاصب يلتزم برد قيمتها ،وتقدر القيمة طبقا لاعلى قيمة (أوفر القيم) وصلت اليها خلال المدة من يوم الغصب الى يوم المطالبة بها .

ويلتزم الغاصب بالرد مطلقا سواء قام بجنى الثمار والفوائد واستفاد منها أم لا ، كأن يكون قد حصل عليها غيره ،أو تلفت بسبب التفريط فى خدمتها أو جنيها .

وان كانت العين المغصوبة مما يؤجر ولمثلها أجرة ، فان الغاصب يلتزم برد الأجرة للمالك عن مدة الغصب ،ولو كانت العين مما لا يؤجر ما دام لمثلها أجرة جزاء على غصبه لها ،ويستوى فى ذلك أن يكون الغاصب قد استعمل العين المغصوبة أو لم يستعملها .

نفقات العين المغصوبة :

يتضح من الأحكام السابقة مدى تشدد القانون اليمنى فى مواجهة الغاصب جزاء غصبه وتعديه على ملك الغير ، فالغاصب

يلتزم بالرد والضمان فى كل جوانبه ، وليس له أن يطالب بأى حق من الحقوق .

وأكثر من ذلك فان نفقة العين المغصوبة لحفظها وتنميتها تقع على عاتق الغاصب ولا رجوع له (م ١٣١٦) .

أى أن الغاصب يلتزم بالانفاق على العين المغصوبة لحفظها ولنمائها ان كانت مما يحتاج نفقة كالحيوان والزراعة والغراس أو تدعيم أساسات المنزل ، والالتزام بالانفاق هو جزاء على غصب العين ، وليس للغاصب الرجوع على المالك بشىء مما انفق ، ويتحمل الغاصب النفقات سواء أنفقها بنفسه أو أنفقها غيره ورجع عليه بها .

ونحن نقدر رغبة المشرع اليمنى فى عقاب الغاصب من خلال تحميله كل أنواع الغرم دون أن يعود عليه أدنى أنواع الغنم ، الا أن القواعد العامة كانت توجب تعويض الغاصب عما يكون قد أنفقه من نفقات ضرورية لحفظ الشىء المغصوب ، تلك النفقات التى كان سينفقها المالك بالضرورة ، وبالقدر الذى كان سينفقه الرجل المعتاد حتى نتفادى مغالاة الغاصب فى الانفاق .

والقول بغير ذلك من شأنه أن يؤدي الى تقاعس الغاصب عن الانفاق على العين المغصوبة لضمان حفظها وصيانتها مما قد يعرضها لمخاطر عدة تسبب في نقصان قيمتها وتدهور حالتها ٠

وكان ينبغي في هذا الصدد ترك الأمر للقواعد العامة حيث تطبق قواعد الاثراء بلا سبب أو الفعل النافع من خلال أعمال قواعد الفضالة حيث يقوم الفضولي بعمل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك ،وله استرداد ما أنفق اذا كان قد قام بشأن ضروري وعاجل يترتب عليه منع ضرر محدق بالنفس أو المال لم يكن في امكان صاحب الشأن القيام به بنفسه ولا في امكان الفضولي استئذانه في القيام به (م ٣١٩، ٣٢٢) ٠

ابراء الغاصب:

تنص المادة ١٣٠٨ على أنه اذا ابرأ مالك العين المغصوبة من ضمانها مطلقا ،أو أبرأ من عليه قرار ضمانها من الضمان ، أو ملكه اياها أبرىء الغاصبون الآخرون ، اما اذا أبرأ غير من عليه قرار الضمان فيبرأ وحده ويكون للمالك الرجوع على الباقين ٠٠ واذا صالح

مالك العين المغصوبة أحد الغاصبين لها ، فانه يكون للغاصب غير من عليه قرار الضمان الرجوع بمثل العين التى صالح عليها أو قيمتها اذا كانت قد تلفت بعد قبضها .

يواجه النص حكم قيام المالك بابراء الغاصب من الضمان وأثر ذلك على بقية الضامنين .

يفرق النص بين عدة فروض :

١ ـ اذا كان الابراء من الضمان قد صدر من المالك بصورة مطلقة ،فيعتبر قد تبرع به أى تنازل عنه كلية ويستفيد من ذلك كل الغاصبين .

٢ ـ اذا كان قد أبرأ من عليه قرار ضمان العين المغصوبة أى من يقع عليه عبء الضمان بالفعل ، فان ذلك الابراء يكون مبرئا لذمة الغير قبل المالك ، أى أن الابراء يشمل الغير كذلك ، لأن العين قد استقرت عند من أبراه المالك وكأنه تبرع له بها ، فليس له أن يرجع على الغاصبين الآخرين بتعويض ما تبرع به .

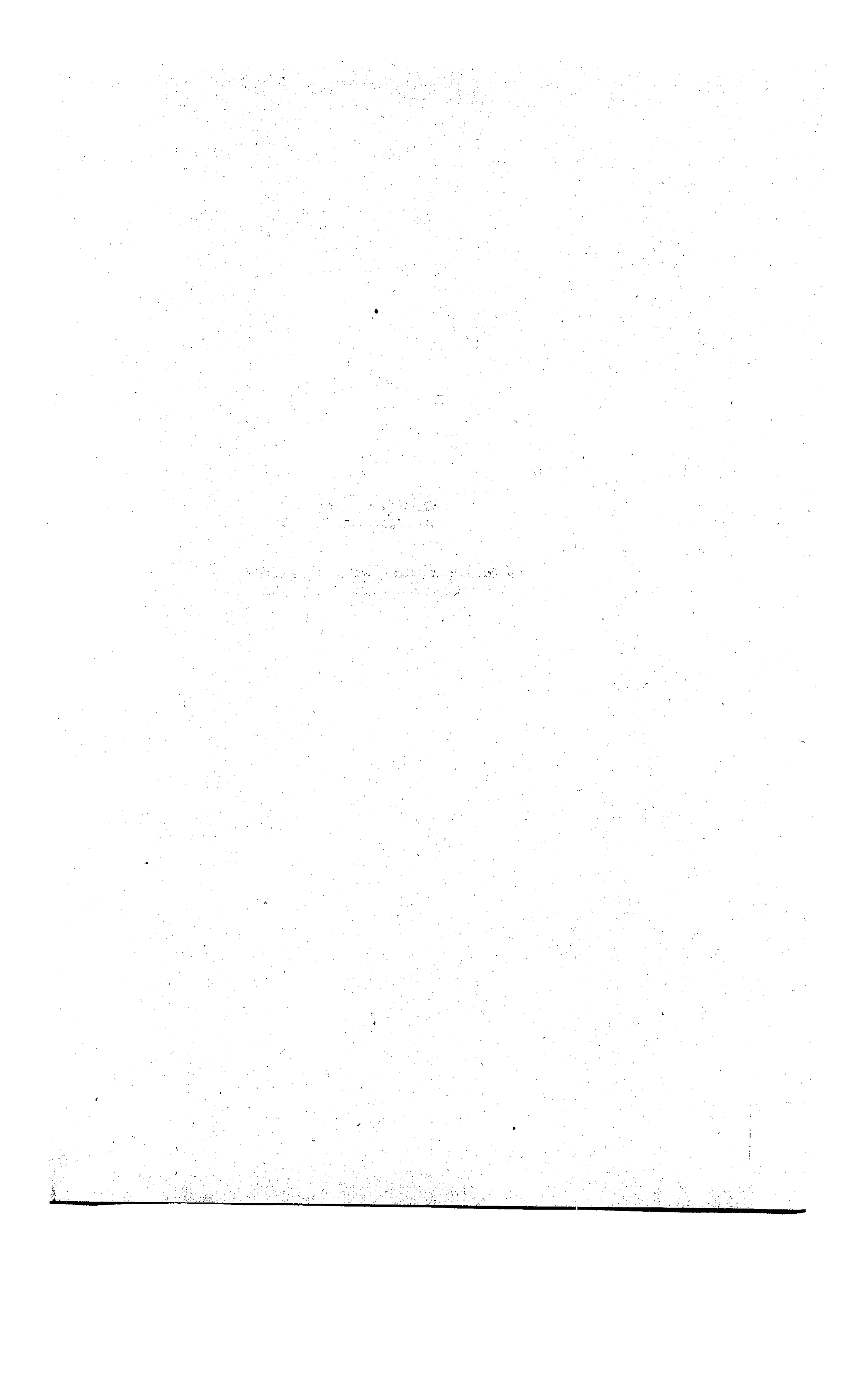
٣ ـ اذا قام المالك بتمليك العين المغصوبة لمن هى بيده من الغاصبين (الغاصب الأخير) ، فانه اما ان يكون قد تبرع له بها أو أخذ مقابلها ، ومن ثم تبرأ ذمة الغاصبين الآخرين من العين ومن ضمانها بالقيمة ٠

٤ ـ اذا أبرأ المالك غاصبا ليس عليه قرار الضمان أى ليس عليه عبء الضمان بالفعل لانه ليس هو الغاصب الاخير ، فلا تكون العين المغصوبة فى حوزته بل خرجت من عنده واستقرت عند الغاصب الأخير ، هنا يقتصر الابراء على من أبرىء وحده ٠ ويكون للمالك الرجوع على غيره من الغاصبين بضمان العين المغصوبة أو بضمان قيمتها طالما أنه لم يبرىء من هى موجودة عنده ، وله الحق فى استردادها منه ٠

٥ ـ اذا صالح المالك أحد الغاصبين على العين المغصوبة فذلك تصرف ملك لمن صالحه ، أى أن تصالح المالك مع أحد الغاصبين على العين المغصوبة يترتب عليه نقل ملكيتها الى الغاصب الذى تم معه التصالح ، ويكون لهذا الغاصب الذى تصالح على العين وأصبح مالكا لها ، حق استردادها أو قيمتها عند التلف ممن عليه قرار ضمانها أى ممن يلتزم بضمانها (الغاصب الأخير) ان كان قد تلفت فى يده أى بعد تسلمه اياها ٠

القســـم الثالث

الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية



تمهيد

يخول حق الملكية لصاحبه كل السلطات التى يمكن تصورها على الشىء من استعمال واستغلال وتصرف . ويستطيع المالك أن يرتب للغير حقا على الشىء الذى يملكه .

فيمكن للمالك أن يرتب للغير حقا شخصيا يتعلق بالعين التى يملكها ، كما فى الايجار ، حيث يتعاقد المستأجر مع المالك على استعمال الشىء أو الانتفاع به لقاء أجر معلوم . ان وجود هذا الحق الشخصى لا يؤدى الى تجزئة حق الملكية أو انقاصه لأن المالك يظل محتفظا بسلطة الاستعمال والاستغلال ويتمثل ذلك فى حصوله على الأجرة كثمار مدنية للعين المملوكة .

ويمكن للمالك أيضا أن يرتب للغير حقا عينيا على الشىء الذى يملكه ، ويؤدى ترتيب هذا الحق الى تجزئة حق الملكية وفصل أحد عناصره والتنازل عنه للغير ، مع احتفاظ المالك بباقى العناصر ، والحقوق العينية التى من شأنها تجزئة حق الملكية لأنها تتفرع عنه هى حق الانتفاع ، حق الاستعمال ، حق السكنى ، حق القرار ،

حق الارتفاق •

ونتناول فى هذا القسم دراسة تلك الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية • وذلك فى الأبواب الآتية :

الباب الأول : حق الانتفاع

الباب الثانى : حق الاستعمال وحق السكنى

الباب الثالث : حق القرار

الباب الرابع : حق الارتفاق

من أصول الدوريات

دونه ، ولكن ليس له أن يتجاوز القيد المشروط .

ولمالك الرقبة الاعتراض على استعمال المنتفع للشىء استعمالا غير مشروع ، أو مخالفا للشرط ، أو لا يتفق مع طبيعة الشىء وما أعد له عادة ، بأن يطلب من المحكمة انهاء حق الانتفاع ورد الشىء له دون أن يخل ذلك بحقوق الغير الذى تعامل معهم المنتفع ولا علم لهم بتجاوز حدود الانتفاع المخول له (م ١٢١٣) ، ومن أمثلة الغير الدائن المرتهن والمستأجر .

ويجب على المنتفع أن يدير الشىء ادارة حسنة ، ويبذل فى ذلك العناية التى يبذلها الرجل المعتاد .

٢ ـ صيانة الشىء وتحمل عبء التكاليف المعتادة :

يلتزم المنتفع أثناء مدة الانتفاع بكل ما تحتاجه العين المنتفع بها بنفقات حفظها وصيانتها ، ويلزمه فى ذلك عناية الرجل المعتاد (م ١٢١٤) . أى أنه يجب على المنتفع القيام بكل الأعمال اللازمة لحفظ الشىء وصيانته ، وان يبذل فى ذلك عناية الرجل المعتاد ، ويقع عليه تحمل كل النفقات اللازمة لاتمام هذه الأعمال . ويدخل

فى ذلك ترميم المبانى ونظافة الأرض الزراعية وتطهير الرى والصرف الخاص بها .

ويلتزم المنتفع بتلك الأعمال والنفقات خلال مدة الانتفاع فقط، لأن ذلك الالتزام يقابل الثمار التى يجنيها المنتفع، بل ان الصيانة ضرورية لانتاج الثمار وتدفع عادة من ريع الشىء .

ويتحمل المنتفع كذلك التكاليف المعتادة لانها تؤخذ عادة من غلة الشىء وهى تقابل حصوله على الثمار، مثال ذلك الضرائب والكروم .

أما التكاليف غير المعتادة، والاصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ عن تعدي، أو تقصيره فانها تكون على المالك بلا جبر عليه، فاذا قام بها المنتفع فلا رجوع له بها وذلك كله ما لم ينص الاتفاق بخلافه (م١٢١٤) .

القاعدة اذن أن التكاليف غير المعتادة والاصلاحات الجسيمة كاعادة البناء المتهدم وتدعيم الأساسات وشق الترع والقنوات، يتحملها مالك الرقبة . أما ان كانت هذه الأعمال راجعة

الى خطأ المنتفع (تعديه أو تقصيره) فيلزمه اعادة البناء واصلاحه ، فان كان بغير تعديه فلا جبر عليه فى ذلك .

وعبء القيام بهذه الأعمال يكون على مالك الرقبة اختيارا لا جبرا ، فهو لا يلتزم بالقيام بها ، واذا قام بها المنتفع فلا يكون له الرجوع بها عليه .

وذلك كله مع مراعاة ما تم الاتفاق عليه بين المنتفع ومالك الرقبة ، فان ما اتفق عليه هو الذى ينفذ دائما ، وانما يرجع الى الأحكام المتقدمة عند عدم الاتفاق .

٣ ــ حفظ الشىء والمسئولية عن هلاكه :

على المنتفع أن يبذل فى المحافظة على الشىء ما يبذله الرجل المعتاد .

واذا تلفت العين المنتفع بها بفعل الغير وتم دفع تعويض عن هذا التلف ، انتقل حق الانتفاع الى العوض .

واذا كان التلف بفعل مالك الرقبة تعديا أو تقصيرا ، فانه

يجبر على اعادة العين المنتفع بها الى أصلها ،ولا يجبر على ذلك اذا كان التلف لا يرجع اليه ٠

واذا حدث التلف بفعل المنتفع تعديا أو تقصيرا أثناء مدة الانتفاع فانه يضمن ما ترتب على فعله ، أما ان حدث ذلك بدون تعد أو تقصير منه فلا ضمان عليه لأن حكمه حكم الأمين ،والأمين لا يضمن ما لا يد له فيه ٠

وفى جميع الأحوال اذا أعيدت العين المنتفع بها الى أصلها وبصفتها يكون للمنتفع حق الانتفاع بها المدة المقررة للانتفاع ما لم يتفق على غير ذلك (م ١٢١٩) ٠

٤ ــ اخطار مالك الرقبة بكل ما يطرأ على العين من تعد أو هلاك :

يجب على المنتفع أن يخطر المالك فى الوقت المناسب والا تحمل ما يترتب على تأخيره من ضرر يلحق المالك فى الأحوال الآتية :

١ ــ اذا ادعى الغير حقا على الشىء المنتفع به أو غصبه غاصب ٠

٢ ــ اذا هلك الشيء أو تلف أو احتاج الى اصلاحات جسيمة مما يقع على المالك .

٣ ــ اذا احتاج الشيء الى اجراء يقيه من خطر لم يكن منظورا كالسيل ونحوه (م ١٢١٦) .

٥ ــ التزام المنتفع برد الشيء عند نهاية الانتفاع :

يجب على المنتفع أن يحافظ على الشيء ليرده بحالته في نهاية المدة الى مالك الرقبة ، ويكون مسئولا عن كل ما يصيب العين من ضرر ، متى كان ذلك بفعله أو تقصيره .

ويسأل عن كل ما يصيب الشيء من تلف أو هلاك ولو بسبب أجنبي ، اذا تأخر عن رد الشيء الى صاحبه بعد انتهاء الانتفاع ، بل أنه يعتبر في حكم الغاصب . فطبقا للمادة ١٢١٥ يعتبر تعديا حبس الشيء المنتفع به وعدم رده لمالكه بعد انتهاء مدة الانتفاع مع امكان الرد ، ولو لم يستعمله المنتفع أو ورثته ، ولو لم يطلبه المالك .

واذا كان صاحب حق الانتفاع قد أجرى في العين بعض

التحسينات برضى المالك ، فان الأخير يلتزم بأن يعوض المنتفع ، أما اذا كانت هذه التحسينات قد تمت بدون اذن المالك فان المنتفع لا يستحق عنها أية تعويضات .

وبالنسبة لما قد يقيمه المنتفع من انشاءات وغراس فى العين المنتفع بها خلال مدة الانتفاع ، تطبق عليها أحكام الالتصاق السابق ذكرها والتى تتوقف بحسب ما اذا كان المنتفع حسن أو سىء النية .

الفصل الثـالث

انتهـــاء حق الانتفـــاع

طبقا للمادة ١٢١٧ ينقضي حق الانتفاع بانتهاء أجلـــه ، أو بموت المنتفع ، أو بالتنازل ،أو بهلاك الشيء ،أو بانهائه لسـوء الاستعمال ،أو باتحاد صفتي المالك والمنتفع • ونعرض لتلك الأسباب فيما يلي :

١ ــ انتهاء المدة المحددة للانتفاع أو بموت المنتفع:

ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المحدد في سنـــد انشائه ، فان لم يعين له أجل عد مقرراً لحياة المنتفع ، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع ، حتى قبل انقضاء الأجل المعين •

أي أن حق الانتفاع ينقضي بانتهاء الأجل المحدد أو مـوت المنتفع حتى ولو حدث ذلك قبل انتهاء الأجل ،وينتهي الحـــق بوفاة المنتفع حتى ولو تم التصرف فيه وكان المتصرف اليه لا زال حيا •

ويظل حق الانتفاع المقرر للشخص المعنوي طوال بقاء هـذا

الشخص، وينقضى بانحلاله .

وفى حالة انقضاء حق الانتفاع بانتهاء مدته أو بموت المنتفع وكان فى الأرض المنتفع بها زرع لم يبلغ الحصاد تركت الأرض للمنتفع أو ورثته بأجر المثل لحين بلوغ الزرع الحصاد وحصده، ما لم ينص سبب انشاء الانتفاع على غير ذلك (م١٢١٨) .

٢ ـ انتهاء حق الانتفاع بهلاك الشيء :

ينقضى حق الانتفاع بهلاك الشيء الوارد عليه كلية ، سواء كان الهلاك ماديا كهدم المنزل أو احتراقه، أو قانونيا كنزع ملكية الشيء للمنفعة العامة .

فاذا تلفت العين المنتفع بها بفعل الغير أو تعديه ، وكانت مضمونة على متلفها ، ودفع عن ذلك تعويض أو تأمين ، أى أن المالك استحق تعويضا أو تأمينا من الغير فى مقابل تلف العين ، فان حق الانتفاع فى مدته الباقية ينتقل الى العوض.

ويجبر المالك على اعادة العين المنتفع بها الى أصلها اذا كان

التلف بفعله تعديا أو تقصيرا ،ولا يجبر على ذلك اذا كان التلف لا يرجع اليه .

وفى جميع الأحوال اذا أعيدت العين المنتفع بها الى أصلها وبصفتها يكون للمنتفع حق الانتفاع بها المدة المقررة للانتفاع ما لم يتفق على غير ذلك (م ١٢١٩) .

ويلاحظ أن الهلاك الذى يؤدى الى انقضاء حق الانتفاع هو الهلاك الكلى ، كما لو كان الحق واردا على بناء وهلك كلية بسبب الحريق أو القدم . فاذا أعيد بناء المنزل فان حق الانتفاع يعود مرة أخرى المدة المقررة للانتفاع ما لم يتفق على غير ذلك .

أما فى حالة الهلاك الجزئى ،فان حق الانتفاع لا ينقض،بل يظل قائما على الجزء الباقى من العين ، كما لو كان الانتفاع واردا على مزرعة وتهدمت حظيرتها ، فان الانتفاع يظل باقى العناصر بما فيها الأرض.

ولا ينقضى حق الانتفاع فى حالة الهلاك الكلى الا اذا كان

ذلك الهلاك راجعا الى قوة قاهرة ،أما اذا كان الهلاك بسبب خطأ شخص معين فان الانتفاع لا ينقضى ،بل ينتقل الى التعويض الذى يلتزم المخطئ بدفعه أو الى مبلغ التأمين اذا كان الشىء مؤمنا عليه ،أى أن حق الانتفاع يتقرر على النقود البديلة للشىء تطبيقا لفكرة الحلول العينى ،ويستطيع المنتفع توظيف هذه الأموال والاستيلاء على فوائدها .

واذا هلك الشىء بخطأ مالك الرقبة ،فانه يلتزم باعادة الشىء الى أصله ، ليعود حق الانتفاع الى ما كان عليه ، مع تعويض المنتفع عما فاته من انتفاع به أما اذا رجع الهلاك الى خطأ المنتفع ،فانه اما أن يلتزم باعادة الشىء الى أصله ليعود حق الانتفاع عليه من جديد ، واما أن يؤدى ذلك الى سقوط حقه بسبب اساءة الاستعمال .

وأخيرا فان الهلاك قد يتمثل فى حدوث تغيير فى الشىء على نحو يجعله غير صالح للاستعمال الذى تقرر حق الانتفاع من أجله ، مثال ذلك نضوب مياه البئر الذى يرد عليه حق الانتفاع ،

هنا ينقضي الحق اذا كان الماء قد نضب بصفة نهائية ، أما اذا كان نضوب الماء موقتا فان صاحب الانتفاع يعود الى استعماله بمجرد عودته .

٣ ـ انتهاء حق الانتفاع بالنزول عنه :

يزول حق الانتفاع بنزول المنتفع عنه ،وهنا تعود الى مالك الرقبة ملكية العين كاملة . وقد يتنازل المنتفع عن حقه بارادته المنفردة أو باتفاقه مع المالك .

فاذا نزل المنتفع عن حقه بارادته المنفردة فانه يلتزم بذلك النزول بمجرد صدوره ولا يستطيع الرجوع فيه ،ويترتب على النزول ترك المنتفع لحقه لذا يسمى بالنزول المسقط ويكون له وصف التخلي . ويرتب النزول أثره في اسقاط حق الانتفاع دون حاجة الى قبول مالك الرقبة .

ولا يشترط في النزول عن حق الانتفاع أي شكل خاص فقد يصدر صراحة وبدون تحفظ ،وقد يصدر مقترنا بتحفظات معينة ، فلا يرتب أثره الا بعد استيفاء تلك التحفظات . ويجوز أن يكون النزول ضمنيا ،

أى يستخلص من ظروف تقطع فى الدلالة على حدوثه .

وقد يقع النزول بالاتفاق بين مالك الرقبة والمنتفع ، سواء كان ذلك بمقابل أو على سبيل التبرع .

وسواء كان النزول معاوضة أو تبرع ،فلا يحتج به على أصحاب الحقوق المقيدة على حق الانتفاع ،حيث تظل هذه الحقوق قائمة عليه الى حين انقضائه بنهاية مدته أو بوفاة صاحبه .

٤ ـ اسقاط حق الانتفاع بسبب سوء الاستعمال :

يلتزم صاحب الانتفاع باستعمال حقه طبقا للشروط الواردة فى سند انشاء هذا الحق ،وان يحمل الالتزامات الملقاه على عاتقه خلال مدة انتفاعه بالحق .فاذا خالف تلك الشروط والالتزامات فان ذلك يعرض حقه للسقوط .

تطبيقا لنص المادة ١٢١٤ ،اذا كان صاحب الانتفاع مقيدا بشرط فى سبب اكتسابه حق الانتفاع ،فليس له أن يتجاوز القيد المشروط . ولمالك الرقبة الاعتراض على استعمال المنتفع للشىء

استعمالا غيرمشروع ،أو مخالفا للشرط أو لايتفق مع طبيعة الشـىء وما أعد له عادة ،وله أن يطلب من المحكمة انهاء حق الانتفاع و رد الشىء له دون أن يخل ذلك بحقوق الغير الذى تعامل معهـم المنتفع ولا علم لهم بتجاوز حدود الانتفاع المقرر له .

فلمالك الرقبة أن يعترض على أى استعمال غيرمشروع أو غير متفق مع طبيعة الشىء أو يخالف الاستعمال المتفق عليه فى سند انشاء حق الانتفاع ،فاذا أثبت أن حقوقه فى خطر ،جاز له أن يطلب من القاضى نزع العين من تحت يد المنتفع وردها اليه بعد الحكم بانهاء حق الانتفاع . دون اخلال بحقوق الغير .

٥ ـ انتهاء حق الانتفاع باتحاد صفتى المالك والمنتفع :

ينتهى حق الانتفاع اذا اجتمعت فى شخص واحد صفتا المالك والمنتفع ، وهذا مايسمى باتحاد الذمة . ويتحقق ذلك اذا اجتمعت صفتا المالك والمنتفع فى شخص المنتفع وذلك فى حالة اكتسابه لاصل الملكية أو للرقبة بحيث يندمج الحقان معا ، هنا تصبح الملكيـة التامة للمنتفع ،ويكتسب المنتفع ملكية الرقبة بالميراث أو بالتصـرف ،

القانونى بمقابل أو بدون مقابل .

ويمكن أن تجتمع الصفتان فى شخص مالك الرقبة حينما يؤول اليه حق الانتفاع اما الميراث ،وهنا ينقضى هذا الحق بسبب وفاة صاحبه ،أو بالتصرف القانونى بعوض أو على سبيل التبرع ، وهنا ينقضى هذا الحق بالنزول عنه .

ولا يؤثر انقضاء حق الانتفاع على حقوق الغير المقررة عليه ، بل تبقى هذه الحقوق قائمة على حق الانتفاع ، ولا تمتد الى الرقبة .

الباب الثانـــى

حق الاستعمال وحق السكـــنى

تعريـف :

حق الاستعمال فرع من حق الانتفاع الذى يشمل الانتفـــاع بكل أنواعه ووجوهه ، اما الاستعمال فيقتصر على الشخص نفسه وأسرته التى تلزمه نفقاتها ، وحق السكنى فرع من حق الاستعمال ، اذ يقتصر على سكنى العين المنتفع بها دون غيرذلك من أنواع الاستعمال .

فحق الانتفاع يتضمن سلطة الاستغلال وسلطة الاستعمال ، أما حق الاستعمال فيقتصر على سلطة الاستعمال وحدها ، بل ويتحدد هذا الاستعمال بحدود حاجة صاحب الحق وأسرته الخاصـــــة أنفسهم أى كل من يعولهم .

أما حق السكنى فهو وجه من وجوه الاستعمال وهو السكـــنى أو هو حق الاستعمال مطبقا على المنازل ويخول صاحبه استعمـــال المنزل بسكناه هو وأفراد أسرته .

" وعلى ذلك يكون حق الانتفاع هو أعم الحقوق الثلاثة ،
فاذا تخصص للاستعمال دون الاستغلال ،كان حق استعمال ،
واذا تخصص الاستعمال للسكنى دون غيرها من ضروب الاستعمال
كان هذا هو حق السكنى .ويتضح من ذلك أن كلا من حق
الانتفاع وحق الاستعمال يرد على العقار وعلى المنقول ،أما حق
السكنى فلا يرد الا على العقار وبالذات على دار السكنى ".

الطابع الشخصي لحقي الاستعمال والسكنى :

يتسم كل من حق الاستعمال وحق السكنى بالطابع الشخصي
فهما من الحقوق التي ترتبط بمن تتقرر لمصلحته ، وتتعلق بشخص
صاحبها .

فحق الاستعمال وحق السكنى يتميزان عن حق الانتفاع
بأنهما مقصوران على ما يكون صاحب الحق في حاجة اليه هو وأسرته
لهذا نص القانون المصري على انه لا يجوز النزول للغير عن حق
الاستعمال أو عن حق السكني ،الا بناء على شرط صريح أو
مبرر قوي .

أى أنه لايجوز النزول عنهما للغير ، الا اذا اشترط ذلك صراحة ، أو وجد مبرر قوى لهذا النزول ، وقد أراد المشرع بهذا الاستثناء شيئا من المرونة على حق السكنى بنوع خاص ، لأن المبرر القوى كثيرا ما يتحقق فى حق السكنى ، بأن تصبح الدار محل الحق قديمة أو غير لائقة لسكن المنتفع ، فيكون له فى هذه الحالة أن يؤجرها .

ونرى أعمال نفس الحكم فى القانون رغم عدم ورود نص بذلك لأن طبيعة حق الاستعمال وحق السكنى تتحدد بالطابع الشخصى لصاحب الحق وأفراد أسرته . وتنص على ذلك المادة ١٢٢٠ بقولها : يتحدد نطاق الاستعمال ، والسكنى بحاجة صاحب الحق وأسرته لأنفسهم فحسب مع مراعاة ما نص عليه فى السبب المنشىء للحق .

نطاق حق الاستعمال وحق السكنى :

يتحدد نطاق كل من حق الاستعمال وحق السكنى طبقا للنص السابق بحاجة صاحب الحق وأسرته لأنفسهم فحسب ، فاستعمال قطعة الأرض يتمثل فى قيام الشخص وذويه باشباع حاجاتهم مما

تنتجه من خيرات، وكذلك الحال بالنسبة للدار حيث يحق للشخص وذويه سكناها اعمالا لحق السكنى .

وقد يتحدد نطاق كل من الحقين من خلال النص على ذلك في السبب المنشئ للحق (م ١٢٢٠) فهذان الحقان يعتبران من الحقوق العينية التى تتقرر على عين مملوكة للغير بمقتضى سبب منشئ كبيع أو وصية أو هبة، ويمكن أن يتضمن هذا السبب المنشئ تحديد نطاق الحق وأحكامه .

أحكام حق الاستعمال وحق السكنى :

تنص المادة ١٢٢٢ على أن تسرى أحكام حق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى فيما لا يتعارض مع الأحكام المبينة فى المادتين السابقتين ولا يتعارض مع طبيعة هذين الحقين .

أى أن المشرع أفرد لهذين الحقين حكمان فى المواد ١٢٢٠ ، ١٢٢١ وتتعلق المادة الأولى السابق ذكرها بتحديد مضمون كل حق ونطاقه . أما المادة الثانية فتتضمن حكما خاصا بحق السكنى بقولها :

" يلتزم صاحب حق السكنى باجراء عمارة الدار اذا احتاجت لها ، وتطبق فى شأن ما عمله فيها من منشآت حكم المادة (١٢٠٤) ، واذا امتنع بطل حقه ، وذلك مالم ينص السند المنشىء للحق على غير ذلك " .

يلقى النص على عاتق صاحب حق السكنى الالتزام بالقيام بالاصلاحات الضرورية التى تلزم الدار موضوع حقه واذا امتنع عن القيام بتلك الاصلاحات فان حقه يتعرض للسقوط كجزاء للاخلال بالالتزام القانونى الذى يقع على عاتقه .

وبالنسبة للمنشآت التى يقيمها صاحب حق السكنى فى الدار لاصلاحها ، فانها تأخذ حكم المبانى التى يقيمها الحائز فى ملك الغير بحسن نية وتطبق عليه أحكام الالتصاق التى تعبر عنها المادة ١٢٠٤ حيث لا يجوز لصاحب الأرض والدار أن يطلب ازالة ما أنشأه صاحب السكنى ، وانما يكون له الخيار عند انتهاء حق السكنى فى أن يتملك المنشآت فى مقابل تعويض صاحب السكنى بما أنفق أو بما زاد فى قيمة الأرض ويملك الأرض لصاحب السكنى فى مقابل تعويض بثمن المثل زمانا ومكانا .

واذا أقام صاحب حق السكنى منشآت لاتستلزمها متطلبات الاصلاح ،ولكن باذن المالك ، فان المالك يدفع له ما أنفقه طبقا لما يقرره عدلا ن ،أما ان أقام تلك المنشآت بدون اذن المالك فهو سيء النية وتطبق عليه أحكام الالتصاق فى المادة ١٣١٩ ،حيث يكون للمالك حق طلب الازالة مع التعويض ان كان له مقتض،أو ابقاء المنشآت لنفسه فى مقابل تعويض صاحبها بقيمتها مستحقة الازالة أو ما زاد فى قيمة الأرض بسببها .

وفيما عدا ما تقدم من الأحكام فانه تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع طالما لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين . وعلى ذلك فان أسباب كسب حق الاستعمال وحق السكنى هى العقد والوصية ، ويلتزم صاحب حق الاستعمال بنفس الالتزامات التى تقع على صاحب حق الانتفاع من ضرورة استعمال الشيء فيما أعد له والقيام بأعمال الصيانة والتكاليف المعتادة وحفظ الشيء ورده فى نهاية المدة الى المالك ،وينتهى هذان الحقان بموت صاحب الحق أو بانقضاء الأجل المحدد لهما وبالنزول عنهما وبهلاك الشيء وباتحاد الذمة .

الباب الثالث

حق القرار

نعرض للمقصود بحق القرار وطرق اكتسابه ، ثم نبين آثاره ،
وأخيرا نتعرض لطرق انقضائه

أولا

تعريف حق القرار وطرق اكتسابه

تعريف حق القرار:

تعرف المادة ١٢٢٣ هذا الحق بقولها : حق القرار عيني يعطى صاحبه الحق في اقامة بناء أو غراس على أرض الغير .

فالقرار فرع من الانتفاع ولكن على وجه معين هو اقامة بناء أو غراس في الأرض المنتفع بها ، ولما كان البناء والغراس يعيشان زمنا طويلا أى أنهما يستقران في الأرض الى أن يزول البناء أو الغراس فقد سمى الحق بحق القرار على أرض الغير ، ولا يكون ذلك الا باتفاق ينص على القدر والأجرة والمدة بين صاحب الأرض

والراغب فى البناء ونحوه .

يعتبر حق القرار من الحقوق العينية المتفرعة على الملكية ، يترتب على أرض معينة ، ويخول لصاحبه الانتفاع بالأرض بالبناء عليها أو بالغراس فيها ، فى مقابل أجرة معينة .

ويتملك صاحب حق القرار ما يحدثه فى الأرض من بناء أو غراس أو غيره . ملكا تاما ، وله الحق فى أن يتصرف فيه وحده ، أو مع حقه فى القرار ، وينتقل بالميراث من بعده الى ورثته .

اكتساب حق القرار

تنص المادة ١٢٢٤ على أن حق القرار يكتسب بالاتفاق ، وينقل بالميراث أو الوصية .

ينشأ حق القرار بالاتفاق ، أى بعقد منشئ للحق العينى بعوض كالبيع أو المقايضة ، أو بغير عوض كالهبة ، وقد يكون العقد ناقلا لحق القرار لا منشئا له . فصاحب حق القرار يستطيع أن يتصرف فيه الى الغير .

وينشأ حق القرار بالوصية ، أى يكتسب ابتداء بالوصية ، وذلك بأن يوصى المالك بحق القرار لشخص معين وتبقى ملكية الأرض للورثة ، أو يوصى المالك بالرقبة (ملكية الأرض) لشخص معين أو جهة معينة فتبقى الرقبة للورثة .

وينتقل حق القرار بالوصية لأن هذا الحق لا ينتهى بوفاة صاحبه — كما فى حق الانتفاع — بل يستمر الى نهاية المدة المتفق عليها . ومن ثم يستطيع صاحب حق أن يوصى به لشخص أو عدة أشخاص موجودين على قيد الحياة أو للحمل المستكن .

ويكتسب حق القرار أخيرا بالميراث ، فاذا توفى صاحبه قبل نهاية مدته ، فان الحق ينتقل من بعده الى ورثته .

ثانيا

آثار حق القرار

يبين السند المنشئ لحق القرار حقوق صاحبه والتزاماته (م١٢٢٤) . أى أن السند المنشئ يكون متضمنا لأبعاد هذا الحق ونطاقه ومضمونه .

حقوق صاحب حق القرار:

١ ـ ينشىء حق القرار لصاحبه حقا عينيا على أرض مملوكة للغير، يخوله الانتفاع بهذه الأرض بكافة وجوه الانتفاع، وله على الخصوص أن يقيم عليها أبنية ويغرس فيها أشجارا . وله أن يعلو بالبناء القائم على الأرض وفى أن يحدث به زيادة أو تعديلا وذلك فى حدود ما يخوله القانون أو ما يتفق عليه فى العقد .

٢ ـ يمتلك صاحب حق القرار ما يحدثه من بناء أو غراس أو غيره ملكا تاما (م ١٢٢٦) فحق القرار منفصل عن ملكية الأرض ومن ثم فان ما يغرسه صاحب حق القرار أو يبنيه فى الأرض يكون مملوكا له ملكا تاما، ويجوز له أن يتصرف فيه استقلالا أو مقترنا بحق القرار .

أى أن كل ما يقيمه صاحب حق القرار على الأرض من بناء أو غرس يملكه ملكا خالصا . وتتميز هذه الملكية عن حق القرار، ويترتب على ذلك أن لصاحبه أن يتصرف فى البناء أو الغراس منفصلا عن حق القرار، كما اذا باع البناء لمشتر، واكتفى بأن يؤجر له حق القرار فيكون للعقار فى هذه الحالة ملاك ثلاثة : صاحب الرقبة، وصاحب

حق القرار ، وصاحب البناء •

ويجوز أن يتصرف صاحب حق القرار فى حقه دون البنـــاء أو الغراس ، ويصبح هو المستأجر فى هذه الحالة مع بقائه مالكـــا للبناء أو الغراس ، ولكن الغالب أن يتصرف صاحب حق القـــرار فى حقيه مجتمعين لأن كلا منهما مكمل للآخر •

٣ ـ يمتلك صاحب حق القرار حقا عينيا على الأرض ، لــذا يجوز له أن يتصرف فى حقه بكل أنواع التصرفات ، تبرعا أو معاوضة ، كبيع أو هبة ، وله أن يرتب عليه حق انتفاع أو حق ارتفاق أو رهــن ، بل ان له أن يؤجر هذا الحق • وينتقل هذا حق القرار بعد وفاة صاحبه الى ورثته أو غيرهم بالوصية الشرعية ، وذلك على نقيض حق الانتفاع الذى ينقضى حتما بوفاة صاحبه •

وقد أفرد المشرع اليمنى نصا خاصا بحق الارتفاق حيـــث تقرر المادة ١٢٢٥ بأنه يجوز تقرير حقوق الارتفاق على حق القـــرار اذا لم تتعارض مع طبيعته •

أى أنه يجوز لصاحب حق القرار أن يقرر على الأرض الـــتى

يقع عليها حقه ، حقوق الارتفاق لخدمة عقار آخر ، بالمرور أو السقى أو الصرف أو المسيل وما شابه ذلك ، فيكون الارتفاق مقررا على حق القرار فى نفس الوقت بشرط أن لا يتعارض الاتفاق مع طبيعة حق القرار بناء أو غراسا ، فلا يجوز مثلا تقرير المرور من داخل غرف الدار المسكونة لأن ذلك يتعارض مع طبيعتها • ولا يجوز تقرير حق المسيل على نحو يؤدى الى الاضرار بالمبانى القائمة على الأرض •

التزامات صاحب حق القرار :

١ـ يلتزم صاحب حق القرار بدفع الأجرة المتفق عليها ، والالتزام بدفع الأجرة هو التزام شخصى يقع على صاحب حق القرار أو من يخلفه فى هذا الحق •

وتسرى على أجرة القرار القواعد العامة فى الأجرة ، وتكون مستحقة فى المواعيد التى يتفق عليها فى سند انشائه ، وفى حالة عدم وجود اتفاق فانها تستحق فى نهاية كل سنة •

ويجوز لصاحب الأرض مطالبة صاحب حق القرار بالأجرة اذا تأخر عن أدائها ، وله أن ينفذ على أمواله لاقتضاء الأجرة

المستحقة . ولكن لايجوز له أن يطلب فسخ عقد القرار لعدم الوفاء بالأجرة لأية مدة ، كما هو الحال في الايجار مثلا ، بل يلزم أن يستمر عدم الوفاء بالاجرة مدة طويلة يستشف منها تعنت صاحب القرار ، وتقدر هذه المدة بسنتين في القانون اليمنى ، وثلاث سنوات في القانون المصرى . ويجوز الاتفاق على مدة أخرى أطول أو أقصر لأن الأمر لا يتعلق بالنظام العام .

ولعل السبب في التفرقة في الحكم - في حالة عدم دفع الأجرة - بين الايجار وحق القرار هو أن القرار يختلف عن الاجارة العادية في أنه حق عينى يكلف صاحبه نفقات كثيرة ، ومن ثم فلا يصح أن يهدد بالفسخ الا بعد فترة ملائمة من الزمن .

٢ - يلتزم صاحب حق القرار بأن ينتفع بالأرض بالبناء والغراس ، مراعيا في ذلك الشروط المتفق عليها وطبيعة الأرض والغرض الذى اعدت له ، وما يقضى به عرف الجهة .

واذا لم يقم صاحب حق القرار بتنفيذ التزامه ، جاز لصاحب الأرض ، تطبيقا للقواعد العامة ، أن يطلب التنفيذ العينى أو

الفسخ مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتض عن الاضـــرار التى لحقته .

ثالثـــا

انتهاء حق القـــرار

طبقا للمادة ١٢٢٧ ينتهى حق القرار فى الأحوال الآتية :

١ ـ انتهاء المدة المتفق عليها .

٢ ـ اذا صار ملك العين لصاحب القرار ، أو العكس .

٣ ـ تخلف صاحب الحق عن آداء الأجرة المتفق عليها مدة سنتين متتاليتين فى الغراس ما لم يتفق على غير ذلك .

يتضح من النص أن حق القرار ينتهى بحلول الأجل المعين له بحسب المتفق عليه فى سبب انشائه .

وينتهى هذا الحق أيضا اذا آلت الأرض لصاحب القـــرار بالبيع أو الهبة ، أو الميراث ، أو العكس أى اذا آل حق القـــرار الى صاحب الأرض بنفس الأسباب وهذا ما يطلق عليه اتحاد الذمة ، أى تجتمع الصفتان فى نفس الشخص . وذلك بأن يجمع صاحـــب

الأرض بين صفته وصفة صاحب القرار ، أو يجمع صاحب القرار بين صفته وصفة صاحب الأرض.

وينقضى حق القرار كذلك اذا أخل صاحبه بالالتزامات التى يلقيها عليه سند انشاء الحق ، ويبدو ذلك بصفة خاصة فى حالة تخلفه عن الوفاء بالأجرة مدة سنتين متتاليتين مالم يتفق على خلاف ذلك ، ونفس الحكم اذا خالف صاحب حق القرار الاستعمال المتفق عليه والذى يتفق مع طبيعة الأرض.

حكم زوال البناء أو الغراس

تنص المادة ١٢٢٨ على أنه لا ينتهى حق القرار اذا زال البناء أو الغراس قبل المدة المتفق عليها ، بل يبقى لحين انتهاء مدته .

مؤدى ذلك أن زوال البناء أو الغراس قبل انتهاء مدة حق القرار ليس من شأنه أن ينهى ذلك الحق ، بل يكون لصاحبه اعادة البناء أو الغراس الى نهاية مدة الحق . وذلك أيا كان السبب فى هذا الزوال ، سواء أكان بفعل صاحب حق القرار ، أم بفعل الغير أو المالك ، أو بقوة قاهرة .

ولا يخل ذلك بطبيعة الحال بحقه فى طلب التعويض ممن تسبب فى ازالة البناء والغراس تطبيقا للقواعد العامة فى المسئولية .

مصير البناء أو الغراس :

تنص المادة ١٢٢٩ على أنه عند انتهاء حق القرار تطبق على المبانى والمنشآت والغراس الأحكام الخاصة بذلك فى باب الاجارة فى الفصل الخاص بالمزارعة (المغارسة) .

يبين النص حكم البناء أو الغراس الموجود بالأرض عند انتهاء حق القرار فان صاحب حق القرار قد يكون متعديا أو مقصرا أو لا يكون ، وهل تكفى المدة المقررة لحق القرار لاكتمال صلاح الغراس وأداء ثمره أم لا تكفى ، وكذلك الحال بالنسبة لنوع البناء الذى يقيمه مراعيا فى ذلك مدة القرار ومن ثم فقد نصت المادة على أن تطبق فى شأنه الأحكام الخاصة بذلك فى باب الاجارة فى الفصل الخاص بالمغارسة (وليس بالمزارعة كما يقول النص) وهى ما تنص عليه المادتان ٧٣٤ ، ٧٣٥ .

تنص المادة ٧٣٤ على أنه اذا اختل شرط أو أكثر من شروط

الصحة فالغروس للغارس وعليه أجرة المثل ، وعند التفاسخ يخــير الغارس بين تفريغ الارض بقلع الغروس ، ويرجع بنقصانها وهو ما بين قيمتها قائمة ليس لها حق البقاء وقيمتها مقلوعة أو تركها لــرب الأرض وأخذ قيمتها قائمة ليس لها حق البقاء .

وتنص المادة ٧٢٥ على أن ما وضع بتعد من غرس أو بنــاء أو نحوهما ، يجب على واضعه ازالته وتسليم أرش الارض ، لما لحق بها من ضرر بسبب القلع والازالة ، ما لم يرغب مالك الأرض في بقاء الغروس أو البناء ونحوهما ، فعليه تسليم قيمة الغروس أو الانقاض قائمة ليس لها حق البقاء ، وعلى الواضع تعديا أجرة الأرض بما يقدره عدلان وارش جناية ما أحدثه .

ويتضح من قراءة النصين أنهما يتعلقان بمصير الغــراس والبناء الذى يقيمه الغارس ، أو البانى بحق (بحسن نية) أو بتعد أى بدون وجه حق (بسوء نية) ، وبتطبيق ذلك على مقيم البنــاء أو الغراس فى حالة حق القرار ، يتبين لنا وجوب التفرقة بين الغرضين :

(أ) مصير البناء أو الغراس الذى يقيمه صاحب حق القــرار

استنادا الى حقه:

رأينا أن حق القرار يخول صاحبه اقامة البناء أو الغراس على الأرض التى يرد عليها حقه طبقا لسند انشاء الحق وطبيعة الأرض، فاذا أقام صاحب الحق المنشآت فى حدود حقه دون تعد منه أو سوء نية فانه يكون حسن النية ويخير بين أمرين فى حالة ما اذا ظل البناء أو الغراس قائما رغم انتهاء مدة الحق فى القرار:

ـ تفريغ الارض بقلع الغروس والرجوع على صاحب الأرض بالفرق بين قيمتها قائمة ليس لها حق البقاء وقيمتها مقلوعة وذلك لأنه انما وضع الغراس فى الأرض باذن مالكها .

ـ ترك البناء أو الغراس لصاحب الأرض وأخذ قيمتها قائمة ليس لها حق البقاء .

ويكون الخيار لصاحب حق القرار وليس لمالك الأرض، ولا يستطيع هذا الاخير أن يطلب ازالة البناء أو الغراس . ولا شك أن صاحب القرار سيختار الحل الأمثل له اقتصاديا ، ويتوقف ذلك بطبيعة الحال على طبيعة البناء أو الغراس ، وعما اذا كان من

الممكن قلعهما مع الاستفادة منهما من عدمه ٠

(ب) مصير البناء أو الغراس الذى يقيمه صاحب حق القرار بدون حق :

ويتمثل ذلك الغرض فى حالة اقامة صاحب حق القرار للبناء أو الغراس بسوء نية أى بالمخالفة للشروط الواردة فى سند انشاء الحق وذلك كارتفاعه بالبناء تجاوز للعلو المتفق عليه أو اقامة غراس لا يتفق مع طبيعة الأرض وما أعدت له طبقا للمألوف ، أو تعمده اقامة البناء أو الغراس قبيل نهاية المدة مع علمه بأن المدة المتبقية لن تكفى للاستفادة منها ٠

هنا يعتبر الغارس أو البانى متعديا ويأخذ حكم الغاصب ، ويكون الخيار هنا لصاحب الأرض ، حيث يمكنه أن يختار أحد أمرين :

ـ ازالة الغرس أو البناء على نفقة صاحب حق القرار ، وتعويض مالك الأرض عما اصابها من ضرر بسبب القلع أو الازالة ٠

ـ الابقاء على الغراس أو البناء أو نحوهما ، مع دفع قيمتها قائمة

ليس لها حق البقاء ، وعلى الغارس أو الباني أجرة الأرض بما يقدره عدلان عن المدة التي بقى فيها غراسه أو بناؤه قبل اختيار المالك ، هذا بالاضافة الى الحق فى التعويض عما يكون قد لحقه من أضرار بسبب تعدد صاحب حق القرار .

الباب الرابع

حق الارتفاق

تقتضي دراسة حق الارتفاق أن نعرض لتعريفه مع بيان خصائصه وصوره ، ثم لمصادره ، وأحكامه ، وأخيرا نتعرف على انقضائه

الفصل الأول

تعريف الارتفاق وخصائصه وصوره

تعريف حق الارتفاق

تعرف المادة ١٢٢٠ حق الارتفاق بأنه منفعة مقررة على عقار تحد من انتفاع مالكه به لمصلحة عامة أو خاصة .

وهذا التعريف لا يتسم بالدقة نظرا لأنه يتسع ليشمل كل من القيود القانونية والارتفاقات . وتعبر عن تلك القيود المادة ١٠٥٠ بقولها : على المالك أن يراعي في استعمال حقوقه ما تقضي به القوانين الشرعية واللوائح والقرارات الصادرة التي لا تتنافى مع القوانين الشرعية المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة ..

فالقيود القانونية تعتبر حدوداعامة لكل ملكية فى ظروف معينة وهى ترسم الحدود الأصلية والطبيعية لحق الملكية ، وتمثل الوضع العادى للملكية ،ونجد مصدرها فى القانون بجميع مصادره كالتشريع واللوائح ومبادىء الشريعة الاسلامية والعرف ،فالقانون هو الذى يحدد القيود القانونية ويوردها على سبيل الحصر ،وهى أما أن تتعلق بالمصلحة العامة كتلك المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة ، وقوانين الاثار ،والقوانين المتعلقة بالمحلات المقلقة للراحة والمضرة بالصحة العامة . واما أن تتعلق بالمصلحة الخاصة ،أى لصالح الأفراد ،الا أن المصلحة العامة هى التى تمليها لأن تلك القيود تنعكس عليها بطريقة غيرمباشرة ، وأهمها القيود المقررة لصالح الجيران من مرور ورى وصرف .

أما الارتفاقات ، فهى قيود استثنائية تتقرر بالاتفاق بين الأفراد على عقار لمصلحة عقار آخر ، وهى تمثل وضعا خاصا بملكية معينة ، لذا فهى غير محددة حيث تتقرر بفعل الأفراد لمعالجة مصالح خاصة بعقار معين .

ويترتب على تلك التفرقة أن القيود القانونية تمثل الوضع العادى والمألوف للملكية ،لذا يمكن الاحتجاج بها على الجميع دون حاجة الى شهر ، اذ يفترض العلم بها من قبيل الجميع ، وتظل قائمة طالما بقيت الظروف المرتبطة بها ، ولا تسقط بعدم الاستعمال المدة الطويلة ،ولا مجال لأن يضمن البائع خلو العقار منها لأنها تمثل التنظيم الطبيعى والمألوف لحق الملكية .وكل ذلك بعكس الحال فى حقوق الارتفاق حيث تمثل وضعا استثنائيا خاصا بملكية معينة ،يقررها الأفراد فيما بينهم ،لذا يلزم شهرها حتى يعلم بها كل صاحب مصلحة ،ويمكن أن يضمن البائع خلو العقار منها .

يمكن تعريف الارتفاق اذن بأنه حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر ، أو هو انتفاع يقرر على عقار لمصلحة عقار آخر وذلك طبقا لتعبير المذكرة الايضاحية للقانون المدنى اليمنى تعليقا على المادة ١٢٣٢ ، وبلغة أخرى ، هو تكليف أو عبء يفرض على عقار لمنفعة عقار مملوك لشخص آخر .

عناصر الارتفاق :

يتضح من التعريف السابق أن حق الارتفاق يتكون من عناصر ثلاثة :

١ ـ عقار مرتفق ، وهو العقار الذى يتقرر حق الارتفاق لمصلحته ويسمى بالعقار المخدوم نظرا لأن الإرتفاق يمثل ميزة أو فائدة له . وتتقرر هذه الفائدة للعقار لا لشخص مالكه ، لذا فهى ترتبط به وتزيد من قيمته وتنتقل معه أيا كان المالك لهذا العقار .

٢ ـ عقار مرتفق به ، وهو العقار الذى يتحمل بعبء الارتفاق ويسمى بالعقار الخادم ، وينتقل حق الارتفاق مع العقار الى أى مالك جديد لأنه مقرر على العقار وليس على شخص المالك ، الا أنه يحد من سلطات المالك على العقار بمنعه عن القيام بأعمال معينة كعدم البناء الا بعد مسافة معينة أو كعدم الارتفاع بالبناء الا لعلو معين ، فالارتفاق يضع قيودا سلبية على المالك فى استعماله للعقار ، ولا يفرض عليه التزاما ايجابيا يتمثل فى القيام بعمل معين .

ويجب أن يكون العقار المرتفق مملوكا لشخص آخر غير الشخص الذى يملك العقار المرتفق به ، اذ لا يمكن أن يوجد ارتفاق بين عقارين مملوكين لنفس الشخص ، فاذا خصص المالك عقارا لخدمة عقار آخر ، فان ذلك لا يكون ارتفاقا بل استعمال لحق الملكية لأن العقاران مملوكين لنفس الشخص ، أما اذا انتقلت ملكية أحد العقارين الى شخص آخر ، فهنا يقوم حق ارتفاق لاختلاف المالك .

٣ ـ تقرير منفعة للعقار المرتفق (المخدوم) على العقار المرتفق به ، هذه المنفعة أو الخدمة تحد من منفعة العقار الخادم وتزيد من منفعة العقار المخدوم ، وتتنوع بحسب حاجته ، وطبقا للشروط المتفق عليها فى سند انشاء الارتفاق مثال ذلك حق الارتفاق بالرؤية حيث يلتزم مالك الأرض بترك مسافة معينة بينه وبين جاره عندما يبنى فى أرضه ، أو عدم تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء .

خصائص حق الارتفاق :

يتميز حق الارتفاق بأنه حق عينى عقارى ، تابع ، دائم ، غير قابل للتجزئة .

١ ـ حق عيني عقاري : الارتفاق حق عيني أصلي يخول صاحبه سلطة مباشرة على العقار ، يستطيع أن يباشرها دون وساطة أحد ، ودون حاجة الى تدخل مالك العقار الخادم ، ويلتزم هذا المالك بالامتناع عن اعاقة استعمال حق الارتفاق . ويترتب على الطابع العيني للارتفاق أنه يمكن الاحتجاج به على الكافة وخاصة في مواجهة من يكتسب ملكية العقار الخادم ودائنيه ، ويتمتع صاحب حق الارتفاق بحق الأفضلية وحق تتبع العقار الخادم في أي يد تكون .

ويتقرر حق الارتفاق على العقارات فقط ، سواء كانت مبنية أو غير مبنية ، فالارتفاق ينحصر نطاقه في الأراضي الفضاء والأبنية ، فهي وحدها التي يتقرر عليها أو لها حق الارتفاق . لا يرد الارتفاق على المنقول أو العقار بالتخصيص .

ويترتب على الطابع العقاري للارتفاق ضرورة مراعاة شهره أي اتباع اجراءات التسجيل المقررة في هذا الشأن ، سواء تعلق الأمر بانشائه أو بنقله أو بتعديله .

ويمكن أن يرد الارتفاق على العقارات الخاصة أى المملوكة ملكية خاصة ،أو العقارات العامة أى المملوكة ملكية عامة (الأموال العامة) بشرط ألا يتعارض ذلك مع الاستعمال الذى خصص له هذا المال ،وذلك كالطرق العامة فهى تصلح للمرور (م ١٢٣١) .

٢ ـ حق تابع : الارتفاق حق تابع للعقار المرتفق (المخدوم) ولا ينفصل عنه ،فاذا تم التصرف فى هذا العقار فان التصرف يرد عليه وعلى ملحقاته بما فى ذلك حق الارتفاق الذى يعد من الملحقات الايجابية للعقار ، وذلك أيا كان نوع التصرف كالبيع أو الرهن أو تقرير حق انتفاع . ونفس الحكم بالنسبة للعقار المرتفق به . (الخادم) فالارتفاق من الملحقات السلبية للعقار التى يتحملها وينتقل معه من مالك الى آخر .

٣ ـ حق دائم : الأصل أن الارتفاق حق دائم بدوام حق الملكية ،فهو ملحقا بها كميزة لها أو عبء عليها ،وذلك بخلاف الحقوق العينية الأخرى المتفرعة عن حق الملكية كحق الانتفاع والاستعمال والسكنى التى تتسم بالتوقيت .

الا أن الدوام ليس من جوهر حق الارتفاق كما هو بالنسبة لحق الملكية ، فالارتفاق يقبل التأقيت ، ويجوز توقيته بمدة محددة ، ويمكن للأطراف الاتفاق على انهائه •

٤ ـ حق غير قابل للتجزئة ، ويقصد بعدم قابلية حق الارتفاق للتجزئة ، انه اذا جزء العقار المخدوم ، فان الارتفاق يظل مقررا لكل جزء منه ، واذا جزء العقار المخدوم ، فان الارتفاق يظل واقعا على كل جزء منه • أى أن الارتفاق يتقرر لفائدة كل العقار المرتفق ، وعلى كل العقار المرتفق به •

وهذا ماينص عليه المشروع اليمنى صراحة فى المادة ١٢٣٩ ، بقوله : اذا جزىء العقار المرتفق به ، بقى الارتفاق واقعا على كل جزء منه الا أن يتعين الحق فى جزء أو أجزاء مخصوصة منه يكون استعماله واقعا عليها دون غيرها ، فان الحق ينتهى بالنسبة للأجزاء الأخرى التى لا يقع عليها استعماله •

واذا جزىء العقار المرتفق بقى الارتفاق مستحقا لكل جزء منه فى عين ما كان استعمال الحق واقعا عليه دون زيادة فى

الاعباء على العقار المرتفق به ، واذا أصبحت بعض الأجزاء غير محتاجة الى الارتفاق زال الحق بالنسبة لها .

يفرق النص بين تجزئة العقار الخادم ، وتجزئة العقار المخدوم :

أ ـ فاذا تمت تجزئة العقار المرتفق به "الخادم" ، نفرق بين حالتين :

ـ اذا كان الارتفاق على العقار كله وفى كل جزء منه بقى على حاله فى الأجزاء كلها التى قسم اليها .

ـ اما اذا كان الارتفاق واقعا على جزء معين وانحصر هذا الجزء فى قسم من الأقسام التى جزئ اليها العقار ، فانه يبقى فى موضعه المخصص له وينتهى بالنسبة للأجزاء الأخرى التى لا يقع عليها استعماله ، ومثال ذلك أن يكون الارتفاق بالمرور على أرض مخصص لها طريق فى الجانب الشرقى من الأرض ، وقسمت الأرض الى جزئين جزء شرقى يقع الطريق فيه وجزء غربى ليس فيه الطريق فان المرور يبقى على الجزء الشرقى الذى فيه الطريق ، وينتهى

بالنسبة للجزء الغربى الذى ليس فيه الطريق .

ومؤدى عدم تجزئة حق الارتفاق انه فى حالة وجود عقار مملوك على الشيوع لعدة ملاك ، فلا يجوز ترتيب ارتفاق أو انهاؤه على جزء من العقار أو لصالحه الا باتفاق جميع الشركاء .

واذا جزء العقار المرتفق به بقى حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه ،غير أنه اذا كان حق الارتفاق لا يستعمل فى الواقع على بعض هذه الأجزاء ،ولا يمكن أن يستعمل عليها ،فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق على الجزء الذى يملكه .

ب ـ واذا تمت تجزئة العقار المرتفق ،فاننا نفرق بين حالتين كذلك :

ـ اذا كان الارتفاق مخصصا لكل جزء منه بقى على حاله فى عين ما كان استعمال الحق واقعا عليه ،أى أن الارتفاق يبقى لكل جزء من العقار المخدوم فى حالة تجزئته بشرط الا يزيد ذلك فى العبء الواقع على العقار المرتفق به .

ـ أما اذا أصبحت بعض الأجزاء فى غير حاجة الى الارتفاق

بسبب التجزئة ، فان الارتفاق ينتهى بالنسبة لها لزوال المنفعة المقصودة ، أى أنه اذا كان حق الارتفاق لايفيد فى الواقع الا جزءا من هذه الأجزاء ، فلما لك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى .

قيود البناء ـ الأعباء أو التكاليف المدنية :

أدى تضخم المدن واتساع مساحتها وكثافة سكانها وازدياد رقعة العمران فيها الى ضرورة التدخل فى كثير من الحالات لتنظيم النشاط العمرانى فيها ومنع الفوضى التى تطرأ على عمليات البناء وسوء التخطيط الذى يتعارض مع مقتضيات الراحة والصحة والهدوء .

ويتمثل ذلك التنظيم فى فرض القيود القانونية ـ من خلال التشريعات واللوائح ـ التى تفرض على الملاك بصدد اقامة المنشآت على أراضيهم . وتعتبر قيود البناء هذه حقوق ارتفاق لفائدة العقارات المجاورة أو لفائدة المجموع فى المدينة أو الحى . وتتعلق غالبا بارتفاع البناء ، والمساحات الواجب تركها خارج البناء ، وبالشكل الهندسى .

وقد يكون مصدر هذه القيود اتفاق الأفراد حيث يتم تقسيم قطعة أرض بهدف البناء فيها الى عدة أجزاء مع وضع اشتراطات للبناء ومواصفاته يلتزم مالك كل قطعة ، فهنا نوجد بصدد تكاليف عقارية ارتفاقية تلتزم بها كل قطعة لفائدة المجموع تحقيقا للغرض المنشود ، وهو تشييد دور ذات نظام خاص تتوافر فيه أسباب الراحة والهدوء ، ويتكون منها حى ممتاز يطيب المقام فيه .

وقد تضمن القانون المصرى نصا فى هذا المجال يمكن اعمال حكمه فى القانون اليمنى لأنه يتفق مع المبادىء العامة التى يقوم عليها حق الارتفاق . ومؤدى هذا النص أنه اذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء ، أو فى مساحة رقعته ، فان هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على العقار لفائدة العقارات التى فرضت لمصلحتها هذه القيود ، هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغيره .

وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عينا . ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض اذا رأت المحكمة ما

يبرر ذلك (م١٠١٨ مصرى) .

والجدير بالذكر أن الأعباء والتكاليف المدنية أو العمرانية اذا كان مصدرها القانون (تشريع أو لائحة) ، فانها تعد من قبيل القيود القانونية التى تفرض للمصلحة العامة ، أما ان كان مصدرها الاتفاق ، فانها تعد من قبيل حقوق الارتفاق المقررة لمصلحة العقارات المجاورة .

تقسيم حقوق الارتفاق :

هناك عدة تقسيمات لحقوق الارتفاق : ارتفاقات مستمرة ، وأخرى غير مستمرة ، ارتفاقات ظاهرة وأخرى غير ظاهرة ، ارتفاق ايجابى وارتفاق سلبى .

(أ) الارتفاق المستمر والارتفاق غير المستمر :

يكون الارتفاق مستمرا ، اذا كان لا يحتاج فى استعماله الى تدخل متكرر بفعل صاحب العقار المخدوم ، أى أن استعماله لا يقتضى تدخل الانسان بفعله ، لأن مجرد قيام الارتفاق فيه فائدة للعقار ، حيث أننا أمام حالة معينة تظل قائمة وترتب خدمة

للعقار . مثال ذلك الارتفاق بعدم البناء أو بعدم التعلية ، والارتفاق بالمطل .

اما الارتفاق غير المستمر ، فهو الذى يحتاج فى استعماله الى تدخل الانسان بفعله ، أى أنه يقتضى قيام صاحب العقار المخدوم بعمل متجدد يفيد وجود العبء على العقار الخادم ، وبغير هذا العمل يظل الارتفاق بدون استعمال . مثال ذلك الارتفاق بالمرور أو باغتراف المياه أو برعى الماشية ، حيث يقتضى استعمال الارتفاق فى هذه الحالات اتخاذ موقف ايجابى من قبل صاحب الارتفاق بالمرور أو بأخذ المياه أو برعى أغنامه .

(ب) الارتفاق الظاهر والارتفاق غير الظاهر :

يكون الارتفاق ظاهرا اذا وجدت علامات ظاهرة تكشف عن وجوده ، كالارتفاق بالمطل حيث تدل عليه فتحة ظاهرة بالجدار . والارتفاق المرور حيث يتضح من وجود طريق معد للمرور .

ويكون الارتفاق غير ظاهر اذا لم تكن هناك علامة خارجية تكشف عن وجوده ، كالارتفاق بعدم البناء أو بعدم التعلية .

جـ ـ الارتفاق الايجابى والارتفاق السلبى :

يكون الارتفاق ايجابيا اذا كان يخول صاحبه القيام بأعمال ايجابية على العقار الخادم كالارتفاق بالمرور أو الشرب أو المجرى أو المسيل .

ويكون الارتفاق سلبيا اذا تمثل مضمونه فى منع مالك العقار المخدوم من القيام بأعمال معينة يخولها له حق الملكية أو فى حرمانه من بعض وجوه الاستعمال كالارتفاق بعدم البناء أو بعدم التعلى .

الفصل الثاني

انشاء حق الارتفاق

ينشأ الارتفاق بالتصرف القانوني أو بالميراث أو بالعرف أو بتخصيص المالك .

(أ) التصرف القانوني :

ينشأ الارتفاق بالتصرف القانوني الصادر من الجانبين وهذا هو العقد ، أو الصادر من جانب واحد أي بالارادة المنفردة ، وهذه هي الوصية ، والتصرف القانوني قد يكون بمقابل أو بدون مقابل كالبيع والمقايضة والهبة .

ويجوز للأفراد أن يقرروا ما يشاءون من ارتفاقات بين عقاراتهم ، أيا كان مضمونها ، الا أن ذلك مشروط بأن يتقرر الارتفاق على عقار لمنفعة عقار آخر ، أي أن الارتفاق يفرض على العقار وليس على الشخص ، وهو مقرر لمصلحة العقار وليس المالك ، وان كانت الفائدة ستعود على المالك بالضرورة الا أن ذلك بالتبعية لملكيته للعقار المخدوم . وينبغي من ناحية أخرى أن يكون مضمون الارتفاق

مشروعا أى غير مخالف للقانون أو للنظام العام والآداب .

ويلزم لصحة التصرف القانونى المنشىء للارتفاق أن يكون مستوفيا للشروط الموضوعية والشكلية التى تقتضيها القواعد العامة فى ابرام التصرفات القانونية الواردة على العقار مثل أهلية التصرف ، وتسجيل سند انشاء الارتفاق .

وقد رأينا أن القانون يفرض بعض القيود القانونية على حق الملكية سواء للمصلحة العامة أو للمصلحة الخاصة ، هذه القيود تتحدد بنطاق معين وتطبق بشروط محددة . وقد يلجأ الأفراد الى تقرير هذه القيود وتضمينها اتفاقاتهم ، هنا تتحول من قيود قانونية الى حقوق ارتفاق ، وتبدو أهمية هذا الارتفاق فى حالة ما اذا غير الأطراف فى الاتفاق مضمون القيد أو شروط تطبيقه .

فيجوز الاتفاق بين الأطراف على تقرير حق ارتفاق بالشرب بين أراض غير متلاصقة ، ويتم الاتفاق على توزيع المياه والنفقات بطريقة معينة تختلف عن أحكام القيد القانونى الذى يقرر حق الشرب بين الأراضى المتجاورة وطبقا لقواعد محددة .

ونفس الحال بالنسبة للقيود القانونية الخاصة بالمجرى والمسيل ووضع الحدود والمرور والمطل ، اذ يمكن للأفراد تحويلها الى حقوق ارتفاق ارادية بالزيادة أو النقصان فى مضمونها وبالاتفاق على تطبيقها رغم تخلف الشروط التى يتطلبها القانون لهذا التطبيق .

ويمكن أن يقرر الأفراد بعض الارتفاقات التى تتناول موضوعات وأعمال جديدة غير واردة فى القيود القانونية على حق الملكية ، فارادة الأفراد حرة تختار ما تشاء من مضمون لحق الارتفاق . مثال ذلك حق الارتفاق بمسيل مياه الأمطار ، وحق الارتفاق برعى المواشى . وحق الارتفاق بالاحتطاب ، وحق الارتفاق بعدم تعلية البناء أو بعدم البناء الاعلى بعد معين .

(ب) <u>الميراث</u> : ليس سببا لانشاء حق الارتفاق بل هو طريق لانتقاله مع العقار المرتفق ، فاذا مات صاحب العقار المخدوم انتقلت ملكيته الى الورثة ، وينتقل معها الارتفاق بوصفه من ملحقاته .

(جـ) <u>العرف</u> : يمكن اكتساب حق الارتفاق بالعرف ، ويشترط لنشأة الارتفاق بالعرف ان توجد بصدد عرف بالمعنى

الدقيق ،أى يجب أن يتعارف الناس على وجود الارتفاق المقرر بين العقارين وان يستمر ذلك مدة زمنية كافية ،وهذا هو الركن المادى فى العرف ، هذا بالاضافة الى الركن المعنوى ،أى الاعتقاد فى ضرورة الالتزام بذلك الارتفاق مثال ذلك حق الارتفاق باغتراف مياه البئر المقرر لأرض الجار على بئر جاره . هذا الحق ينشأ بالعرف الملزم ، الذى يتقرر مع مرور الزمن ،وهذا ما يقربنا من التقادم المكسب .

وقد نصت على الأحكام السابقة المادة ١٢٣١ بقولها يكتسب الارتفاق باذن المالك ،أو بالتصرف الشرعى ،أو بالميراث ، أو بالعرف ..

(د) تخصيص المالك :

تنص المادة ١٢٣٢ على أنه يجوز أن يثبت الارتفاق بتخصيص المالك ،حتى ثبت أن مالك عقارين قد أنشأ بينهما علامة ظاهرة تدل على ارتفاق أحدهما بالآخر بالمرور أو بالمجرى أو المسيل ونحوهما ،فاذا انتقل العقاران أو أحدهما الى أيدى ملاك آخرين دون تغيير فى حالتهما ، بقى الارتفاق ما لم يتفق صراحة على غير ذلك .

يتضح من النص أن الارتفاق يمكن أن ينشأ بتخصيص من المالك الأصلى بعدة شروط:

١ ـ أن نكون بصدد عقارين ملك لشخص واحد ، ويستوى أن يكون العقاران منفصلين أصلا ، أو كانا عقارا واحدا جزأه المالك الى عقارين متميزين .

٢ ـ جعل أحد العقارين فى خدمة العقار الآخر ، أى أن المالك يجرى ترتيبا واقعيا وفعليا بين العقارين على نحو يكون لأحد العقارين منفعة أو ميزة على العقار الآخر . والمالك الأصلى للعقارين هو وحده الذى يملك تقرير ذلك الوضع ، ولا يكفى أن يقوم بذلك المستأجر أو المزارع أو صاحب حق الانتفاع .

مثال ذلك أن يجعل الشخص لأحد المنزلين المملوكين له طريقا يمر من حديقة المنزل الآخر وهكذا بالنسبة للمجرى والمسيل وما الى ذلك ويسمى هذا تخصيص من المالك .

٣ ـ وضع علامة ظاهرة تكشف عن الوضع الفعلى ، أى تدل على وجود ارتفاق بين العقارين ، أى أننا يجب أن نكون بصدد ارتفاق

ظاهر ،ومن ثم فان الارتفاقات الظاهرة هى وحدها التى يمكن أن تنشأ بتخصيص المالك الأصلى ، مثال ذلك وجود مطل مفتوح مباشرة فى أحد العقارين على العقار الآخر على مسافة تقل عن المسافة القانونية ،ووجود قناة بالأرض تجرى فيها المياه لمجرى الأرض الأخرى البعيدة ،ووجود طريق ممهد بأحد العقارين يوصل الى العقار الآخر • مؤدى ذلك أن الارتفاق السلبى لا يكتسب بهذا السبب حيث لا توجد له علامة ظاهرة ،مثال ذلك الارتفاق بعدم البناء •

٤ ـ بقاء العلامة الظاهرة الى وقت انفصال ملكية العقارين أى أن العلامة الظاهرة التى تدل على وجود الارتفاق كانت قائمة وقت انتقال ملكية العقار الخادم الى شخص آخر ، أى أن المالك الجديد قد رأى الوضع القائم وتفهمه ورضى به صراحة أو ضمنا • فهو قد اكتسب ملكية العقار عالما بما يرد عليه من ارتفاق • ونفس الحكم اذا انتقلت ملكية كل من العقارين لشخصين مختلفين بتصرف قانونى أو بالميراث •

٥ ـ يشترط لنشأة حق الارتفاق في هذه الحالة عدم وجود اتفاق صحيح يقضي باستبعاده ، فالأصل أن الارتفاق ينشأ بتوافر الشروط السابقة دون حاجة الى النص عليه صراحة ، فهو ينشأ ضمنا من خلال الوضع الفعلي الذي أوجده المالك الأصلي . الا أنه يجوز للأفراد الاتفاق صراحة على عدم نشوئه أي عدم الاعتداء بالعلامة الظاهرة التي تدل على وجوده . فيمكن لمن يشتري العقار الذي به طريق معبد أو عليه مطل أن يورد في العقد شرط ينفي وجود ارتفاق بالمرور أو بالمطل .

هـ ـ الارتفاق لا يكتسب بعمل من أعمال التسامح :

تنص المادة ١٢٣٣ على أنه اذا تقرر الارتفاق اباحة وتسامحا بدون مقابل فانه يكون لمالك العقار المرتفق به أن يرجع في ذلك متى شاء .

فقد يقرر الجار لجاره خدمة معينة على عقاره من باب التسامح بلا مقابل ، هنا لا يستطيع الجار أن يدعي اكتسابه لحق ارتفاق على عقار الجار مهما طال هذا التسامح ، ويمكن لصاحب العقار المرتفق به أن يعدل عن هذه الخدمة في أي وقت . وعلى هذا فان حق الارتفاق لا يمكن اكتسابه بالتقادم في القانون اليمني مهما طالت مدة حيازته المادية .

الفصل الثالث

أحكام حق الارتفاق

تتمثل تلك الأحكام في تحديد المركز القانوني لكل من صاحب العقار المرتفق ، وصاحب العقار المرتفق به ، وما يتولد عن ذلك المركز من حقوق والتزامات .

المبحث الأول

المركز القانوني لمالك العقار المرتفق

يتحدد المركز القانوني لمالك العقار المرتفق بمدى ما يكون له من حقوق وما عليه من التزامات ، ويتضح ذلك من خلال تحديد نطاق الارتفاق ، واستعماله ، وعبء تحمل النفقات اللازمة لهذا الاستعمال والمحافظة عليه وصيانته .

نطاق حق الارتفاق :

تنص المادة ١٢٣٤ على أنه "يتحدد نطاق الارتفاق بالسبب الذي أنشأه أو بالعرف السائد في الجهة التي يقع فيها العقار المرتفق به ...." .

أى أن نطاق حق الارتفاق يتحدد بما جاء فى سبب انشائه ،فان لم ينص فى هذا السبب على نطاقه ،يرجع للعرف المحلى للجهة التى يقع بها العقار المرتفق به ،مع مراعاة الأحكام الواردة فى نصوص القانون ٠

فاذا كان سند انشاء الارتفاق هو التصرف القانونى كعقد أو وصية ، فان هذا التصرف هو الذى يبين نطاقه ويرسم حدوده ويعين مداه ، وعند الشك فى تحديد مضمون التصرف ، فان القاضى يقوم بتفسيره للكشف عن ارادة الأطراف محاولا التوفيق بين مصلحة العقار المخدوم ومصلحة العقار المخدوم وعدم زيادة الأعباء الملقاه عليه ٠

واذا كان الارتفاق قد تم بتخصيص المالك الأصلى ، فان هذا التخصيص هو الذى يبين نطاق حق الارتفاق ومداه ٠

وبالاضافة الى ما سبق ،تخضع حقوق الارتفاق كذلك لما جرى عليه عرف الجهة ، والأحكام التى يتضمنها القانون فى هذا الصدد ٠

ويتضمن حق الارتفاق كل ما هو ضروري لاستعماله ،فحق الارتفاق بالشرب من بئر معينة يتضمن بالضرورة حق المرور في الأرض التي يوجد بها البئر . أي أننا بصدد ارتفاق اضافي يتبع ويكمل الارتفاق الأصلي ويرتبط به لأنه لازم لاستعماله ويعد من مستلزماته طبقا لمقتضيات الأمور .

استعمال حق الارتفاق :

تنص المادة ١٢٣٦ على أنه : للمرتفق أن يجري من الأعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه ،وما يلزم للمحافظة عليه ،وأن يستعمله بالقدر اللازم لاستيفاء المنفعة المقصودة مراعيا أن لا ينشأ عن ذلك ضرر للعقار المرتفق به ،واذا حدث للمرتفق حاجة فلا يجوز أن يترتب عليها زيادة العبء على العقار المرتفق به .

يخول النص صاحب العقار المخدوم حق القيام بما هو لازم لاستعمال حقه والحفاظ عليه ،ويلقي عليه ،في نفس الوقت التزامات معينة في هذا الصدد .

ـ فهو يستطيع القيام بالأعمال الضرورية لاستعمال حقه ،

فاذا كان له حق الشرب من بئر فقد يقتضى الأمر اقامة آلة عليه لرفع المياه ، واذا كان له حق ارتفاق بالمجرى ، فان ذلك قد يتطلب حفر قناة تجرى فيها المياه ، هنا يحق لمالك العقار المخدوم القيام بهذه الأعمال لأنها لازمة لاستعمال حقه ٠

ــ ويستطيع كذلك القيام بالأعمال اللازمة للمحافظة على حقه وذلك كأن يقوم بتعبيد الطريق ورصفه فى حالة الارتفاق بالمرور ويقوم بتعميق مجرى الماء وتدعيم جوانبه فى حالة الارتفاق بالمجرى ، وله اجراء كل الأعمال التى تقتضيها صيانة الجسر الذى يمر من فوقه والآلة التى يروى منها ٠

ــ لصاحب حق الارتفاق أن يستعمل حقه بالقدر اللازم لاستيفاء المنفعة المقصودة ٠ ومن ثم ينبغى عليه ألا يتجاوز حدود حقه ، وذلك كاستعمال الارتفاق لفائدة عقار آخر مجاور ، مثال ذلك رى أرض أخرى من المياه المقررة لارضه طبقا لحق الشرب ٠ وليس له كذلك أن يزيد فى عبء الارتفاق ، فحق المرور الى المسكن يزيد عبئه اذا تحول المسكن الى مصنع أو نادى رياضى ، اذ لا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة فى عبء

الارتفاق المحدد فى سند انشائه ، الا باتفاق جديد بين الأطراف .

- يجب على صاحب حق الارتفاق الا يسيىء استعمال حقه على نحو يسبب اضرارا لصاحب العقار الخادم ، فاستعمال الحق والقيام الأعمال اللازمة له يجب ألا ينشأ عنه الا أقل ضرر ممكن ، واذا تسبب المرتفق فى احداث ضرر بالعقار المرتفق به أو تجاوز العبء المقرر له فانه يعتبر متعديا ويضمن كل ما يترتب على فعله من ضرر أو نقص . ويتمثل الضمان فى اعادة الحالة الى ما كانت عليه والتعويض الذى يقدره القاضى ان كان له مقتض .

النفقة اللازمة لاستعمال الارتفاق والمحافظة عليه :

تنص المادة ١٢٢٧ على أن نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه ، على المرتفق الا أن تكون لازمة فى نفس الوقت لصيانة العقار المرتفق به ، فتنقسم على المالك والمرتفق بنسبة ما يعود على كل منهما من فائدة .

يتضح من النص أن نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون - فى الأصل - على مالك العقار

المخدوم ، لأنه هو المستفيد من هذا الحق ، فيجب عليه تحمل نفقات هذه الاستفادة .

الا أن هذه القاعدة لا تتعلق بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها في السند المنشئ لحق الارتفاق ، وذلك كأن يتم الاتفاق على تقسيم تلك النفقات بين صاحب حق الارتفاق ومالك العقار الخادم أو على أن يتحملها الأخير وحده .

"أما اذا كان هناك خطأ اقتضى اجراء هذه الأعمال ، فنفقتها تكون على من ارتكب هذا الخطأ على سبيل التعويض ، فاذا كان الذى ارتكب الخطأ هو مالك العقار المرتفق به كانت نفقتها عليه دون حاجة الى اتفاق خاص على ذلك ، واذا كان هو مالك العقار المرتفق ، تحمل نفقة هذه الأعمال حتى لو كان هناك اتفاق على أن تكون النفقة على مالك العقار المرتفق به" .

واذا كانت الأعمال نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقتها على الطرفين ، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة . فاذا كان هناك ارتفاق بالمرور ، وكان كل من مالك العقار الخادم

ومالك العقار المخدوم يستعمل نفس الممر ، ويعود عليه من المـرور نفس القدر من المنفعة التي تعود على الآخر ، كانت النفقة شركـة بينهما أي مناصفة بين المالكين • واذا كان الارتفاق هو حـق الشرب من بئر ، وكان مالك العقار المرتفق به (الموجودة فيه البئر) يغترف من ماء البئر ضعف صاحب العقار المخدوم ، فان نفقـات الأعمال والصيانة تقسم بينهما بنسبة الانتفاع أي بنسبة واحد الـى اثنين •

المبحث الثاني

المركز القانوني لمالك العقار المرتفق به

يتحدد المركز القانوني لمالك العقار بما يفرضه عليه القانون من واجبات وما يقرره له من حقوق .

ويتضح ذلك من نص المادة ١٢٣٨ التي تقضي أنه لا يلزم مالك العقار المرتفق به القيام بأي عمل الا ما يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف ، ولا يجوز له أن يعمل شيئا يؤدي الى الانتقاص من الارتفاق أو جعله أكثر مشقة ، وليس له أن يغير الموضع المعين للارتفاق الى موضع آخر الا بالاتفاق مع المرتفق أو بإذن القاضي للمصلحة ، ويشترط أن يكون استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسورا بالقدر الذي كان ميسورا به في السابق .

يمكن أن نستخرج من النص الأحكام الآتية :

(أ) الامتناع عن أي عمل ينقص من الارتفاق أو يجعله أكثر مشقة :

يلتزم مالك العقار المرتفق به الا يأتي أي عمل من شأنه أن يؤدي الى الانتقاص من الارتفاق أو جعله أكثر مشقة ، ويجب عليه

الا يعوق استعمال هذا الحق فليس له أن يضع بالطريق أشياء أو أبنية أو مزروعات من شأنها اعاقة المرور ، اذا كنا بصدد ارتفاق بالمرور . وفى حالة الارتفاق بالشرب من بئر معينة ، لا يجوز لصاحب العقار المرتفق به (الموجودة به البئر) أن يسحب الماء من بئر مجاور على نحو يقلل مياه البئر التى عليها الارتفاق ويصبح الاغتراف منها أكثر مشقة وصعوبة .

واذا أتى المالك أى عمل يعوق استعمال حق الارتفاق بأن تنتقص من هذا الاستعمال أو تجعله أكثر مشقة ، التزم باعادة الحالة الى ما كانت عليه ، وبالتعويض ان كان له مقتض .

(ب) عدم الالتزام بأى عمل لمصلحة العقار المرتفق :

لا يلتزم مالك العقار المرتفق بالقيام بأى عمل لمصلحة العقار المرتفق ، وذلك باستثناء ما يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف ، لأن التزامه تجاه حق الارتفاق هو فى الأصل التزام سلبى بالامتناع عن اعاقة استعمال هذا الحق ، وليس التزاما ايجابيا فى القيام بأعمال معينة .

ويجوز الاتفاق ،مع ذلك ، على الزام مالك العقار المرتفق به بالقيام ببعض الأعمال وحده ، أو بالاشتراك مع صاحب الارتفاق ، كصيانة الطريق أو المجرى أو المصرف . ويلاحظ أننا نوجد هنا بصدد عمل اضافى تابع واستثنائى يجب الاتفاق عليه صراحة .

(جـ) حق الاشتراك فى استعمال الارتفاق :

يستطيع صاحب العقار المرتفق أن يقوم على عقاره بأعمال مماثلة لما يخوله الارتفاق الوارد عليه ، كالاشتراك فى استعمال الممر أو رى أرضه من المجرى ، أو صرف المياه الزائدة فى المصرف ، بشرط ألا يعوق ذلك حق الارتفاق ، هذا مع الالتزام بالمشاركة فى النفقات اللازمة لصيانته وحفظه .

(د) امكانية تغيير موضع الارتفاق :

لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يغير من الوضع القائم للارتفاق ، أو أن يبدل بالموضع المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق موضعا آخر ، فلا يجوز تغيير شكل الارتفاق أو مكانه الا بالاتفاق بين مالكى العقارين المرتفق والمرتفق به ، فلا يستطيع

أى منهما أن يجرى أى تغيير فى الارتفاق بارادته المنفردة ٠

الا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء مؤداه : يستطيع مالك العقار الخادم أن يطلب تغيير الموضع الأصلى لاستعمال حق الارتفاق ، وللقاضى أن يأمر بذلك ان كان من شأنه تحقيق المصلحة للعقار الخادم ، وبشرط أن يكون استعمال الارتفاق الجديد بنفس اليسر الذى كان للارتفاق السابق ٠

ومن أمثلة الحالات التى يترتب على نقل الارتفاق تحقيق مصلحة لمالك العقار الخادم :

١ ـ اذا كان الموضع الذى عين له أصلا من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق ٠

٢ ـ اذا أصبح الارتفاق مانعا من احداث تحسينات فى العقار المرتفق به ٠ وذلك كما فى حالة وجود ارتفاق بالمرور على أرض يرغب صاحبها فى احاطتها بأسوار أو اقامة أبنية معينة عليها تتعارض مع وجود الممر بها ٠

هنا يحق للمالك أن يطلب نقل الارتفاق الى موضع آخر

من العقار ، أو الى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبى اذا قبل الأجنبى ذلك ، كل هذا متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المخدوم بالقدر الذى كان ميسورا به فى وضعه السابق ، ويتحمل نفقات نقل الارتفاق مالك العقار الخادم لانه صاحب المصلحة فى هذا النقل .

ويجب على صاحب حق الارتفاق أن يقبل نقل الارتفاق ، والا أمر القاضى بنقله رغما عنه .

(هـ) مراعاة قيود الملكية والشركة والجوار :

تنص المادة ١٢٣٥ على أنه تراعى فى الارتفاق الأحكام الخاصة بالقيود التى ترد على الملكية وحقوق الجوار المشتركة .

لما كان الارتفاق فرع من حق الملكية ، وكان القانون قد نص على قيود ترد على الملكية للمصلحة ، وحقوق الجوار والشركة ، فان هذه القيود والحقوق يجب أن تراعى فى استعمال حق الارتفاق تبعا .

الفصل الرابع

انتهاء حق الارتفـــــاق

رأينا أن حق الارتفاق يمكن أن ينتهي بصفة جزئية فـــي حالة تجزئة العقار المرتفق أو العقار المرتفق به . وينتهي كذلـــك بانتهاء أجله أو بزوال محله ، أو باتحاد الذمة أو بتعذر استعماله ، أو بتنازل صاحبه عنه أو بزوال الفائدة منه . وقد نصت على تلـــك الأسباب المادة ١٢٦٨ ، ونعرض لها على التوالي .

١ ـ انقضاء الأجل المعين :

ينقضي حق الارتفاق اذا كان قد اتفق على مدة محددة لـــه وانتهت هذه المدة فبالرغم من أن حق الارتفاق متفرع عن حـــق الملكية ، الا أنه ليس له صفة الدوام التي لهذا الحق ، ويقبـــل التوقيت ، ويجوز الاتفاق في السند المنشئ للارتفاق على تحديـــد أجل معين له ، اذ يمكن أن يضاف الى أجل فاسخ ينتهي بحلوله .

٢ ـ هلاك أحد العقارين :

طبقا للقانون اليمني ينقضي حق الارتفاق بزوال محلـــه ،

أى اذا تلف أو زال العقار المحمل بالارتفاق نهائيا فلا يبقى ما يقع عليه الارتفاق من ملك الغير المحمل به ويزول الارتفاق تبعا لذلك ، كأن يجرف السيل الأرض.

ولا يقتصر انقضاء حق الارتفاق على حالة هلاك العقار المرتفق به ، بل ينقضى كذلك بهلاك العقار المرتفق هلاكا تاما . فمثلا اذا كان العقار المرتفق بناء له حق المطل على أرض الجار ، فان هذا الارتفاق ينتهى اذا تهدم البناء . أما اذا جدد البناء عاد حق الارتفاق .

ويلزم لانقضاء حق الارتفاق أن يكون هلاك أى من العقارين تاما ونهائيا ، فاذا كان الهلاك جزئيا ، فان الارتفاق يظل قائما فيما يتعلق بالجزء المتبقى لان حق الارتفاق لا يتجزأ كما رأينا . ولا بد أن يكون الهلاك نهائيا لأن الارتفاق يعود من جديد بعودة العقار فى حالة الهلاك المؤقت . والهلاك قد يكون ماديا وقد يكون قانونيا ، كنزع ملكية أى من العقارين للمنفعة العامة

٣ ـ اجتماع العقارين في يد مالك واحد :

ينقضي الارتفاق باجتماع العقارين في يد مالك واحد أي باتحاد الذمة ، لأن الارتفاق يقتضي اختلاف الملكية ، أي أن يكون مالك العقار الخادم غير مالك العقار المخدوم . ويتم اتحاد الذمة اذا تملك صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به ، أو تملك صاحب العقار المرتفق به العقار المرتفق . وتجتمع ملكية العقارين في يد مالك واحد بأي سبب من أسباب كسب الملكية كالعقد أو الوصية أو الميراث أو الالتصاق .

الا أن الارتفاق يعود من جديد اذا عادت العقارات الى ملكية الشخصين المختلفين مرة أخرى . أي أن الارتفاق يعود اذا زال سبب اتحاد الذمة ، وعادت ملكية أحد العقارين الى صاحبها . ويتحقق ذلك اذا تم ابطال أو فسخ السبب الذي آل به العقاران الى مالك واحد لأن السبب في زوال الارتفاق زال فيعود من جديد لانتفاء سبب زواله كعقد قام ثم فسخ . مثال ذلك شراء صاحب العقار المخدوم للعقار الخادم ، ثم يتم ابطال عقد البيع وتعود ملكية العقار الى البائع ، فيعود معها حق الارتفاق .

٤ ـ تعذر استعمال الارتفاق

ينقضي حق الارتفاق اذا تغير وضع الأشياء بحث تصبح في حالة يتعذر فيها استعمال هذا الحق ،ويمكن أن يطرأ التغيير على العقار المخدوم كما لو تحولت الأرض الزراعية المخدومة بحق ارتفاق بالمجرى أو بالمسيل الى أرض مباني . وقد يطرأ التغيير على العقار الخادم كما لو نضبت مياه البئر المقرر عليها الارتفاق بالشرب ونفس الحال اذا فرق السيل الطريق بالماء ،فان حق المرور ينقضي .

الا أنه اذا زالت العوائق التي تحول دون استعمال الارتفاق ،أي اذا عادت الأشياء الى وضع يمكن معه استعمال الحق ،فان الارتفاق يعود من جديد ، لأن زواله كان مؤقتا ويعود اذا عاد العقار الذي تغير الى حالته الأولى ،كما اذا أعيدت الأرض للزراعة ،ورجعت مياه البئر ،وجف ماء السيل وصلح الطريق .

٥ ـ تنازل صاحب الارتفاق عن حقه:

ينقضي حق الارتفاق اذا نزل عنه صاحبه بارادته المنفردة صراحة أو ضمنا ، وتستخلص محكمة الموضوع التنازل الضمني من

ظروف ووقائع الحال . وينتهي الارتفاق بمجرد تنازل صاحبه عنه دون حاجة الى قبول مالك العقار المرتفق به . الا أنه يلزم اعلان (اخبار) صاحب العقار الخادم بهذا التنازل .

٦ ـ زوال الفائدة من الارتفاق :

ينقضي حق الارتفاق اذا زالت الفائدة منه ، كأن يكون العقار المرتفق أرضا زراعية تروى من مجرى يمر في أرض للغير ثم ينشأ صاحب الأرض بئرا فيها ويستغني بمائه عن الماء الذي يجري في أرض غيره ، فلم تعد للمجرى في أرض غيره فائدة . وكما اذا كان الارتفاق حق مرور وانفتحت للعقار المرتفق سبل أخرى الى الطريق العام أقرب وأيسر .

وينتهي حق الارتفاق كذلك اذا أصبحت فائدته محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به ، كأن يصبح الماء المستخرج قليلا وما يمر منه في المجرى الذي يشغل جزءا كبيرا من أرض الغير لا يكفي لاصلاح الأرض المرتفقة وزراعتها . ومثال ذلك أيضا شق طريق عام بجوار الأرض فيصبح حق المرور

المرور المقرر لها على أرض الجار من الجانب الآخر غير ذى أهمية .

فى هذه الحالة يجوز لصاحب الأرض المرتفق بها (الخادمة) أن يلجأ الى القضاء لازالة الارتفاق مراعاة للمصلحة والعدالة ، وقد يحكم القاضى لصاحب الارتفاق بتعويض عادل مع انهاء حق الارتفاق أو يرفض طلب انهاء الارتفاق لما يراه من المصلحة .

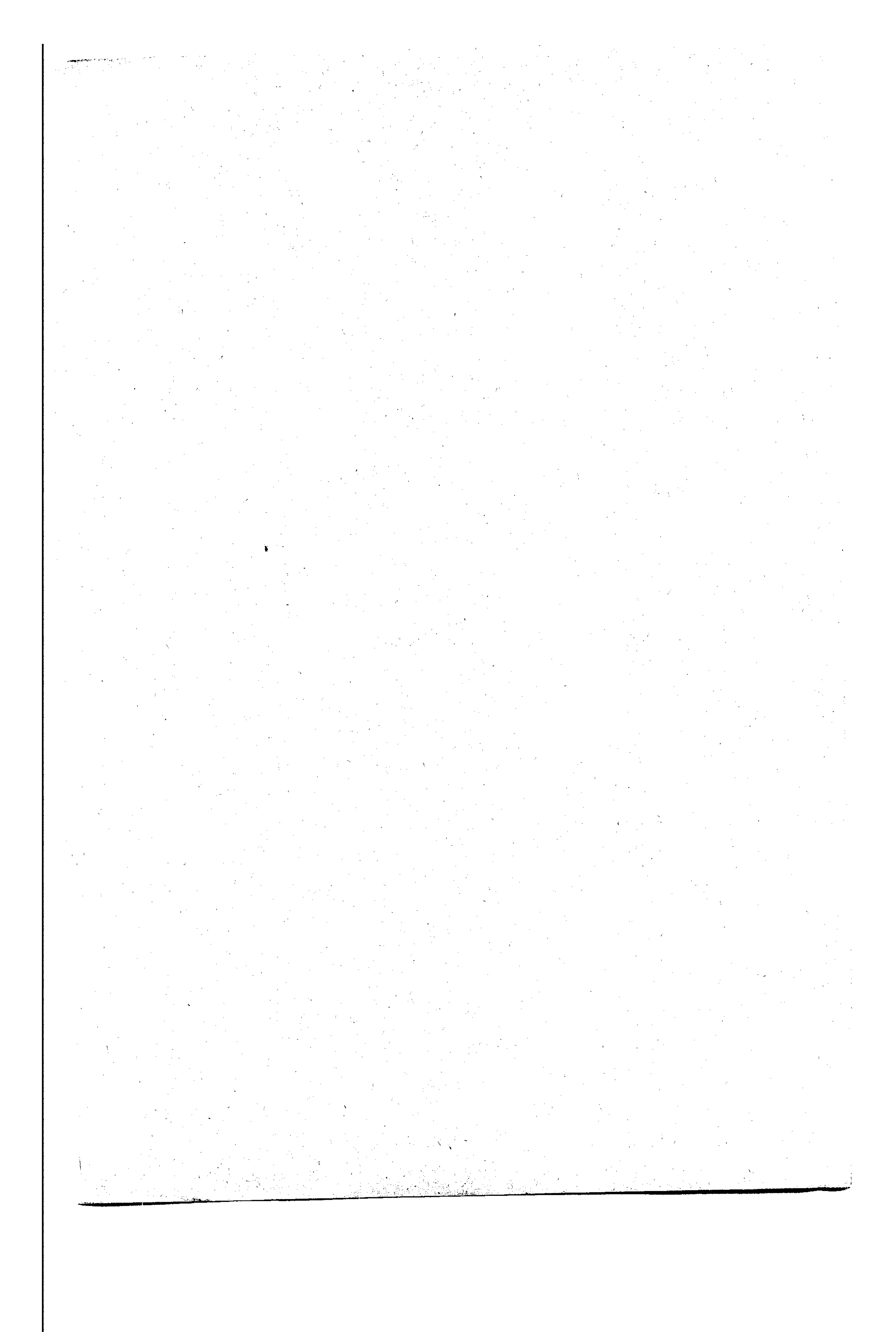
وللقاضى سلطة تقديرية فى هذا الصدد حيث يقدر ما اذا كان الارتفاق قد فقد منفعته كلية أو أصبحت منفعته محدودة ، ويحكم بزوال الارتفاق أو بالابقاء عليه ، وذلك بعد الموازنة بين المصلحتين ، مصلحة صاحب العقار الخادم ، وصاحب العقار المخدوم .

ويحكم القاضى بالتعويض لصاحب حق الارتفاق فى حالة الحكم بزواله دون رضاء صاحبه اذا أصبحت منفعته محدودة ، اما أن انعدمت فائدة الارتفاق . فانه يقضى بزواله دون استحقاق صاحبه أى تعويض .

(تم بحمد الله وتوفيقه)

الجزء الثانى

التأمينات الشخصية والعينية



مقدمـــة

تزداد أهمية نظرية التأمينات فى العصر الحاضر مع ازديـاد حجم العلاقات الاقتصادية وتنوعها ، ويرتبط ازدهار النشـاط التجارى بعنصر الائتمان الذى يلعب دورا بالغ الأهمية فـى المعاملات المالية والحياة الاقتصادية بصفة عامة ٠

ويعد الائتمان وسيلة هامة لتمويل مشروعات الانتاج سـواء برؤوس الأموال اللازمة أو بالبضائع والخدمات ،ويتم هذا التمويـل مع منح المدين أجلا للوفاء به ،ويقتضى منح هذا الأجل الثقـة وتقديم الضمان أو التأمينات التى تطمئن الدائن فى الحصول عـلى حقه ٠ لذا تعد التأمينات خطوة ايجابية نحو انتعاش واستقـرار العلاقات المالية بين الأفراد حيث تؤمنهم من مخاطر الائتمان التى تهددهم وما قد يستتبع ذلك من تقليص حجم التعامل وركـود الاقتصاد القومى ٠

الضمان العام على أموال المدين :

تعتبر أموال المدين هى الضمان العام للدائنين بمعنى أن

أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ،فاذا لم يقم المدين بالوفاء بالتزامه • كان للدائن ان يقتضى حقه بالتنفيذ الجبرى على أى مال من أموال المدين •

ويتميز الضمان العام بخصصتين رئيسيتين هما :

الأولى : انه عام يرد على كل أموال المدين ولا ينصب على مال معين بالذات ،وعلى هذا يستطيع الدائن أن يستوفى حقه بالتنفيذ على أى مال من الأموال المملوكة للمدين وقت نشوء الدين • أو أية أموال أخرى يكسبها المدين بعد ذلك ،هذا باستثناء الأموال التى لا يجوز الحجز عليها •

ويترتب على ذلك حرية المدين كقاعدة عامة ،فى التصرف فى أى مال من أمواله ،ويخرجه من ذمته لأن حق الدائن لا يرتبط بمال معين بل يرد على أموال المدين كمجموعة واحدة • وتنفذ تصرفات المدين فى حق الدائنين ،دون أن يكون لهم الاعتراض على هذه التصرفات أو سلطة تتبع المال المتصرف فيه فى يد من انتقل اليه • وقد يترتب على تصرفات المدين زيادة أمواله وتقوية الضمان

العام، وقد يكون من شأن هذه التصرفات انقاص أموال المدين واضعاف الضمان مما يضر بحقوق الدائنين .

الثانية : أنه مشترك بين سائر الدائنين ، أى أن جميع الدائنين متساوون فيما لهم من الضمان العام ، فلا يمتاز أحدهم على الآخرين ، فكل أصحاب الحقوق الشخصية سواسية فى هذا الشأن أى لا أولوية لأحدهم على الآخر . لا فرق فى ذلك بين دائن نشأ حقه فى تاريخ متقدم ودائن نشأ حقه فى تاريخ لاحق .

مؤدى ذلك ان الدائنين تكون لهم نفس المرتبة فى استيفاء حقوقهم فاذا اتسع لهم جميعا أموال المدين ، استوفوا حقوقهم كاملة أما اذا لم تكف أموال المدين للوفاء بجميع ديونه ، فانهم يتقاسمونها كل بنسبة حقه ، أى أن الأموال تقسم بين الدائنين قسمة غرماء بحيث يستوفون ديونهم من جميع أموال المدين بنسبة قدر دين كل واحد منهم .

ويترتب على ذلك أنه اذا كان المدين معسرا ، فان الدائن لن يحصل الا على جزء من حقه ، واذا تخلف أحد الدائنين أو

بعضهم ، فلن يتبقى له شيئا من أموال المدين للتنفيذ عليه لأن هذه الأموال سيكون قد تم توزيعها على الدائنين المتقاسمين .

وسائل حماية الضمان العام :

قرر المشرع للدائن عدة وسائل لحماية الضمان العام أى لحماية الدائنين من التصرفات التى قد يجريها المدين اضرارا بحقوقهم .

ـ يجوز للدائن اتخاذ بعض الاجراءات التحفظية أو الاحتياطية ، كتوقيع الحجز التحفظى على أموال المدين ، أو التدخل فى اجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه ، وطلب اتخاذ بعض الاحتياطات للتحفظ على تركة المدين ، وضع الاختام على أموال المدين أو تحرير محضر جرد بها عند موته أو افلاسه .

ـ وهناك عدة طرق وضعها القانون أمام المدين للمحافظة على الضمان العام :

١ ـ الدعوى غير المباشرة التى تهدف الى حماية الدائن من تقصير مدينه عن طريق تمكين الدائن من أن يباشر بنفسه حقوق المدين ودعاواه نيابة عنه ، فاذا كان للمدين مثلا حق فى مطالبة

الغير بتعويض عن ضرر اصابه ، وأهمل فى هذه المطالبة ، استطاع أحد دائنيه أن يقوم بذلك مكانه ، فاستعمال الدائن حقوق مدنية على هذا الوجه يقصد به المحافظة على أموال المدين تمهيدا للتنفيذ عليها ، فالدعوى غير المباشرة تعد وسيلة لحماية حق الدائن فى الضمان العام من أن ينتقص نتيجة قعود المدين عن استعمال بعض حقوقه أو المطالبة بها ٠

٢ ـ الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرف ، وتشترك مع الدعوى غير المباشرة فى الهدف الا وهو المحافظة على أموال المدين ، ولكن فى حين أن الدعوى غير المباشرة
يقصد منها تأمين الدائن ضد خطر اهمال المدين وتقصيره ، فان الدعوى البوليصية تهدف الى حماية الدائن من خطر أكبر الا وهو تصرفات المدين التى يجريها اضرارا به ، كان يقوم ببيع أمواله بثمن بخس ثم يهرب ما قبض من ثمن وذلك فرارا من تنفيذ الدائنين على المال ٠

٣ ـ دعوى الصورية التى يستطيع بها الدائن أن يقى نفسه

غش المدين المتمثل فى محاولة ابعاد بعض أمواله ، عن طريق ابرام تصرفات صورية ، عن ضمان الدائنين ، فيمكن للدائن أن يطعن فى هذه التصرفات ليستبقى المال الذى خرج ظاهريا ، فى ذمته تمهيدا للتنفيذ عليه بحقه .

٤ ـ الحق فى الحبس ، حيث يستطيع الدائن أن يحبس المال الموجود تحت يده للمدين حتى يستوفى حقه المرتبط بهذا المال فهو ضمان خاص أعطاه القانون لكل دائن يكون مدينا فى ذات الوقت لمدينه ، فحق الحبس يفترض أن هناك شخصين أحدهما يحوز شيئا عليه أداؤه للآخر ، وله فى نفس الوقت حق قبله مرتبط بالتزامه هذا ، فيكون له أن يحبس الشىء الذى التزم بأدائه حتى يستوفى حقه ، مثال ذلك أن يحبس البائع الشىء المبيع حتى يستوفى الثمن وان يحبس المودع لديه الوديعة حتى يتقاضى أجره وما أنفقه فى حفظها .

٥ ـ يستطيع الدائن طلب شهر اعسار المدين اذا كانت أمواله لاتكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء ، وذلك لغل يده عن التصرف فى أمواله بصورة تضر بالدائنين ، ومنعه من القيام باجراء

يفضل أحدهم على الآخرين ٠

عدم كفاية الضمان ووسائله لحماية الدائنين :

ان الضمان العام لا يقدم للدائن الحماية الكافية والتأمين الكامل لاستيفاء حقه الذي قد يضيع كليا أو جزئيا بسبب اعسار المدين أو بسبب مزاحمة باقي الدائنين له في استيفاء حقوقهم ٠ أو لمجرد تخلفه لسبب أو لآخر عن المشاركة في التنفيذ على أموال المدين ٠ أضف الى ذلك أن الضمان العام لا يقي الدائنين مخاطر التصرفات الضارة التي قد يجريها المدين ويترتب عليها انقاص حقوقه أو زيادة التزاماته ٠

ولا تكفي الوسائل السابقة التي وضعها القانون تحت تصرف الدائن ، فالدعاوى الثلاث (الغير مباشرة ،البوليصية ، الصورية) لا تقي تهاون المدين في تقاضي حقوقه أو التصرف في أمواله غشا بدائنيه لأن شروط ممارسة هذه الدعاوى كثيرة ومعقدة وصعبة الاثبات خاصة فيما يتعلق باثبات التواطؤ أو الغش أو الصورية ، أضف الى ذلك أن ما ينتج عن ممارسة هذه الدعاوى لا يستأثر به الدائن الذي باشرها بل يتساوى فيه جميع الدائنين ،مما يعرضه

الى الدخول معهم فى قسمة غرماء ولا يحصل بالتالى الا على جزء من حقه .

وكذلك الحال بالنسبة لنظام الاعسار حيث يترتب عليه ضمان مساواة بالدائنين ، الا أنه لا يضمن للدائن الوفاء الكامل لحقه لأن الحال يقسم بين الدائنين قسمة غرماء ،

واما عن الحق فى الحبس فانه لا يحقق لصاحبه من الناحية القانونية الحماية الكاملة لأن مجرد الحق فى حبس الشئ لا يثبت للحابس حق أولوية عليه ، وعلى هذا فاذا قام الدائن الحابس بالتنفيذ على المال المحبوس لاستيفاء حقه فانه لا يتمتع بأولوية على ثمنها بل يتعرض لمزاحمة باقى الدائنين حيث يقتسمون معه الحصيلة قسمة غرماء ، ولكن الحابس يستطيع من الناحية العملية حبس العين حتى يستوفى حقه أو يقدم له تأمين كافى للوفاء بهذا الحق .

التأمينات الخاصة (العينية والشخصية)

أمام ضعف الضمان العام وعدم كفايته ، كان الدائن فى حاجة إلى

تأمين خاص يضمن للدائن استيفاء حقه بالكامل ، متوقيا بذلك اعسار المدين ،ومزاحمة باقى الدائنين ،ويتحقق التأمين الخاص في صورتين :

الأولى : التأمين الشخصى : ويتمثل فى ضم ذمة أو أكثر الى ذمة المدين الأصلى لضمان الوفاء بحق الدائن ،اذ يلتزم شخص آخر بالدين مع المدين ،فيصبح أمام الدائن مدينان أو أكثر بدلا من دائن واحد ، ويتعدد بذلك المسئولون عن الدين ويتعدد بالتالى الضمان العام للدائن ، فاذا أعسر المدين رجع الدائن على الدين ويتعدد بالتالى الضمان العام للدائن ،فاذا أعسر المدين رجع الدائن على المسئولين معه عن الوفاء بالدين .والشخص الذى يضم ذمته طالية الى ذمة المدين ،قد يكون مدينا بصفة أصلية ،وقد يكون مدينا بصفة احتياطية .

أ ـ بالنسبة للمسئول مع المدين بصفة أصلية ،يتحقق ذلك فى عدة صور :

ـ التضامن بين المدينين حيث توجد أكثر من ذمة تضمن

الوفاء بالدين ، ويستطيع الدائن أن يرجع على أي من المدينين لاستيفاء حقه دون الالتزام بترتيب معين ، ويكون كل مدين منهم مسئولا عن كل الدين . والتضامن لا يفترض، ولا يقوم فى المسائل المدنية الا بناء على اتفاق أو نص فى القانون . ويفترض التضامن فى المعاملات التجارية .

ـ عدم قابلية الالتزام للانقسام ، فقد يتم الاتفاق على عدم انقسام الدين بين المدينين المتعددين ، فهنا يكون كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا ، ويجوز للدائن أن يطالب أيا منهم بالدين كله ، وله أن يطالبهم جميعا ، ويكون لمن يوفى بالالتزام حق الرجوع على سائر المدينين ـ كما هو الحال بالنسبة للتضامن بين المدينين ـ كل بقدر حصته .

ـ الانابة الناقصة ، حيث يلتزم فيها شخص آخر بعد رضاء الدائن بوفاء الدين مكان المدين الأصلى ، ويقوم الالتزام الجديد الى جانب الالتزام الأول .

ب ـ أما عن المسئول مع المدين بصفة احتياطية فيكون ذلك

فى حالة الكفالة الشخصية حيث يتعهد الكفيل أمام الدائن بالوفاء بالدين اذا عسر المدين ، ومن ثم لا يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل الا بعد مطالبة المدين والتنفيذ على كل أمواله .

الثانية : التأمين العيني ، وتتمثل فى تخصيص مال معين بالذات لضمان الوفاء بحق الدائن ، ويصبح للدائن على هذا المال حقا عينيا تبعيا يعطيه الحق فى استيفاء دينه من ثمنها بالأولوية على سائر الدائنين الآخرين . ويكون للدائن الى جانب الضمان العام تأمين عينى خاص على عين معينة ، ويستطيع أن يتتبعها فى أى يد تكون لاقتضاء حقه ، حتى ولو تصرف فيها المدين وانتقلت ملكيتها الى غيره ، والتأمين العينى قد يكون فى صورة رهن رسمى أو حيازى ، أو فى صورة اختصاص أو امتياز .

ويعتبر التأمين العينى من قبيل الحقوق العينية التى تخول صاحبها سلطة مباشرة على الشيء المثقل بها بغض النظر عن مالك هذا الشيء الذى قد يكون المدين نفسه أو شخص آخر . وهو حق عينى تبعى لأنه لا يوجد لذاته بل لضمان حق شخصى فيكون تابعا له ويدور معه وجودا وعدما ، ويتبعه فى نشأته

وانقضائه ، وصفة التبعية تنطبق على التأمينات الخاصة بنوعيها الشخصية والعينية ، فسواء كنا بصدد كفالة أو رهن فلا بد من قيام حق شخصى لضمانه ،فاذا انقضى هذا الحق انقضى معه الرهن أو الكفالة .

الا أن التأمينات العينية تتميز عن التأمينات الشخصية بعدة مزايا جعلتها تحتل مكانة هامة فى توفير الائتمان اللازم للحياة الاقتصادية ،وتتمثل هذه المزايا فى :

١ ـ يكون لصاحبها مزية الأفضلية أو الأولوية فى استيفاء حقه من المال المثقل بالتأمين العينى ،أى أن الدائن يتقدم على غيره من الدائنين فى اقتضاء حقه ،ويلاحظ أن وجود التأمين العينى لا يسلب الدائن حقه فى الضمان العام على مجموع أموال المدين ، فهو يستطيع أن ينفذ على أى من هذه الأموال ،الا أنه يتعرض لمزاحمة سائر الدائنين .

٢ ـ يستطيع الدائن صاحب التأمين العينى أن يتتبع المال المحمل بالتأمين لاقتضاء حقه منه وذلك بالتنفيذ عليه فى أى يد

كان ،اذا تصرف فيه المدين للغير ٠

٣ ـ يظل المال المثقل بالحق العينى التبعى مملوكا لصاحبه ، ويكون حر التصرف فيه ،الا أنه ينتقل الى الغير محملا بهذا الحق ٠

٤ ـ توفر التأمينات العينية الثقة للدائن ،حيث تقدم له ضمانا خاصا يشجعه ٠ على ائتمان المدين ،وذلك بتقديم المال الذى يلزمه ومنحه الأجل الكافى للسداد ، ويؤثر ذلك بلا شك فى زيادة المعاملات المالية ورواج التبادل والنشاط الاقتصادى ٠

المقارنة بين نوعى التأمينات (الشخصية والعينية) :

١ ـ تشترك التأمينات الشخصية والعينية فى خاصية التبعية حيث أنها لا توجد مستقلة ، بل تنشأ بالتبعية لحق شخصى ،فهى توجد لضمان الوفاء بالحقوق الشخصية أيا كان موضوعها أو سببها، فيجوز ضمان الحق الشخصى الذى يكون موضوعه نقل حق عينى أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ٠ فالمقاول يمكن أن يقدم كفالة أو رهنا لضمان تنفيذ التزامه بالعمل الذى تعهد بالقيام به ٠ ويجوز ضمان الحق الناتج عن العقد أو الفعل الضار أو الفعل النافع

أو القانون ،فالمتعاقد يمكن أن يقدم كفيلا أو رهنا لضمان تنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد ،ونفس الشيء بالنسبة للمسئول عن العمل غير المشروع لضمان التزامه بالتعويض، الا أنه من الملاحظ عمليا أن التأمين الخاص ينشأ لضمان الوفاء بمبلغ من النقود .

ويترتب على تبعية التأمين الخاص للحق الشخصي أنه يدور معه وجودا وعدما ، فهو ينشأ لضمانه ،وينتقل معه كما في حالة الحوالة التي تشمل الحق بضماناته ،وينقضي بانقضائه ،ويتبعه في حجته وبطلانه ،فالتأمين الخاص لا يكون صحيحا الا اذا كان الحق الذي يضمنه صحيحا .

٢ ـ كانت التأمينات الشخصية أسبق في الظهور من التأمينات العينية ،فقد كانت الصلة القوية بين أفراد العائلة تيسر على المدين أن يقدم الى الدائن من يلتزمون بوفاء الدين معه ، أضف الى ذلك أن ضعف قيمة المنقولات ،والملكية المشتركة للعقارات ، كأثر لملكية الأسرة ، واعتبار الحائز مجرد نائب عن أفراد الأسرة في الحيازة ، كان سببا في صعوبة ظهور نظام التأمين العيني .

الا أنه بفضل استقرار نظام الملكية الفردية ،وتزايد قيمة الثروات المنقولة ،تقدمت نظم التأمينات العينية ، وأصبح من السهل ورودها على المنقول والعقار سواء من خلال الشهر أو الحيازة ، بل ان هذه النظم أصبحت أكثر أهمية بالنسبة للدائن من التأمينات الشخصية لأنها تجنبه خطر اعسار المدين ومن يلتزمون بالوفاء بالدين الى جانبه ، وتحصنه من قاعدة قسمة الغرماء ،وتمكنه من تتبع المال المحمل بحقه فى أى يد تكون .

٣ ـ يعتبر التأمين العينى استثناء على قاعدة المساواة بين الدائنين ،لذا فهو لا ينشأ الا فى الصورة التى أباحها القانون ، وعلى هذا فان التأمينات العينية ترد فى القانون على سبيل الحصر ، ومن ثم لا يجوز القياس عليها أو التوسع فى تفسيرها .

أما التأمينات الشخصية فتعتبر تطبيقا لمبدأ المساواة بين الدائنين فى الضمان العام ، لذا فهى يمكن أن تنشأ فى أى شكل يرتضيه الأطراف بشرط الا ينطوى ذلك على مخالفة للنظام العام والآداب . لهذا نلاحظ تطورا وازدهارا ملحوظا فى نظم التأمينات الشخصية فى مجال التجارة والمعاملات ،ويبدو ذلك واضحا فى تطور

عمليات البنوك والائتمان وما تقدمه لعملائها من ضمانات فى التعامل

أنواع التأمينات الشخصية والعينية :

لعل أهم أنواع التأمينات الشخصية هو الكفالة ، فهى التنظيم النموذجى للتأمين الشخصى وهى التى تنصب عليها الدراسة فى هذا الصدد ، باعتبار أن الأنواع الأخرى من التأمينات الشخصية ترد دراستها ضمن النظرية العامة للالتزام .

وقد عالج القانون المدنى المصرى الكفالة فى الكتاب الثانى المخصص للعقود المسماه باعتبارها من تلك العقود ، حيث أوردها فى الباب الخامس (المواد ٧٧٢ الى ٧٨١) .

أما المشرع اليمنى فقد نظمها فى الكتاب الثالث الخاص بالعقود المسماه ،وخصص لها الباب الثانى من القسم الثالث والخاص بعقود الضمان " الوثيقة " (المواد ٩٩٨ الى ١٠٣٠) ، أى أنها اعتبرها كذلك من العقود المسماه .

أما التأمينات العينية فتتنوع بحسب مصدرها أو محلها أو بحسب حيازة المال التى ترد عليه .

فمن حيث المصدر هناك التأمينات الاتفاقية التى تنشأ عن طريق العقد وهى الرهن الرسمى والرهن الحيازى ،وهناك التأمينات القضائية التى يقررها القاضى وينطبق ذلك على حق الاختصاص.وأخيرا هناك التأمينات القانونية حيث يكون مصدرها القانون ويتمثل ذلك فى حقوق الامتياز.

ومن حيث المحل هناك التأمينات التى ترد على العقار فقط وهى الرهن الرسمى والاختصاص،وثمة تأمينات ترد على المنقول أو العقار وهى الرهن الحيازى وحقوق الامتياز.

وأخيرا فان التأمينات العينية تنقسم من حيث حيازة المال الذى ترد عليه الى تأمينات تقتضى وضع المال فى حيازة الدائن وهى الرهن الحيازى ،وثمة تأمينات لا تقتضى نقل الحيازة ، بل يظل المال محملا بالتأمين وهو فى حيازة المدين أو غيره ، وينطبق ذلك على الرهن الرسمى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز.

خصص المشرع المصرى الكتاب الرابع من القانون المدنى للتأمينات العينية ، وعنونه بالحقوق العينية التبعية أو "التأمينات

العينية " وقسمه الى أربعة أبواب كرسها على التوالى للرهن الرسمى ، وحق الاختصاص ، والرهن الحيازى ،وحقوق الامتياز . وعلى هذا فانه يمكن القول بوجود نظرية متكاملة للتأمينات فى القانون المصرى .

أما المشرع اليمنى فقد اكتفى بنوعين فقط من التأمينات العينية وهما الرهن الحيازى ،وحقوق الامتياز ،أو " حقوق الأولوية .

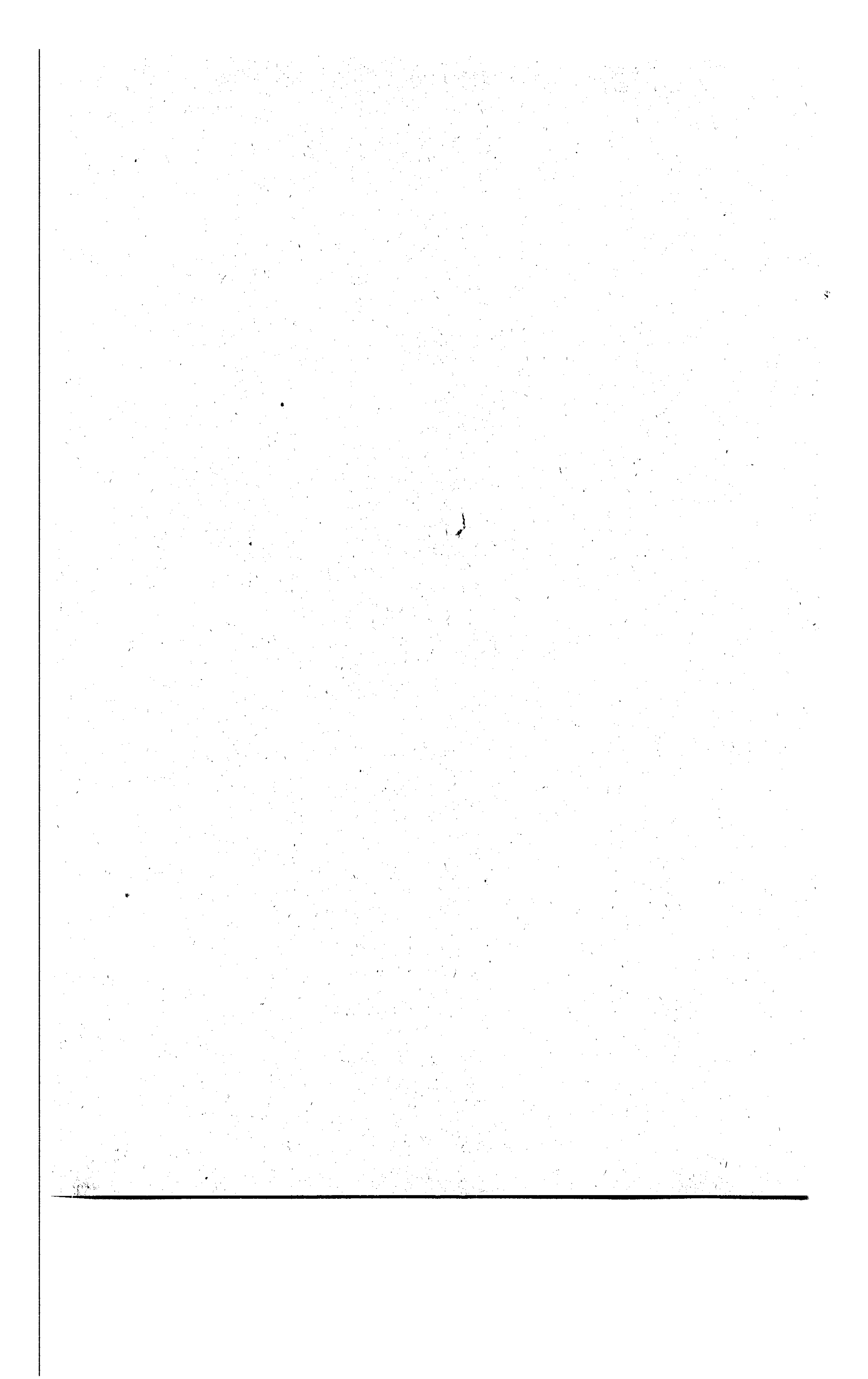
خطة البحث :

نعرض لدراسة التأمينات فى القانون اليمنى فى أقسام ثلاثة نخصصها على التوالى لكل من :

القسم الأول : الكفالة

القسم الثانى : الرهن الحيازى

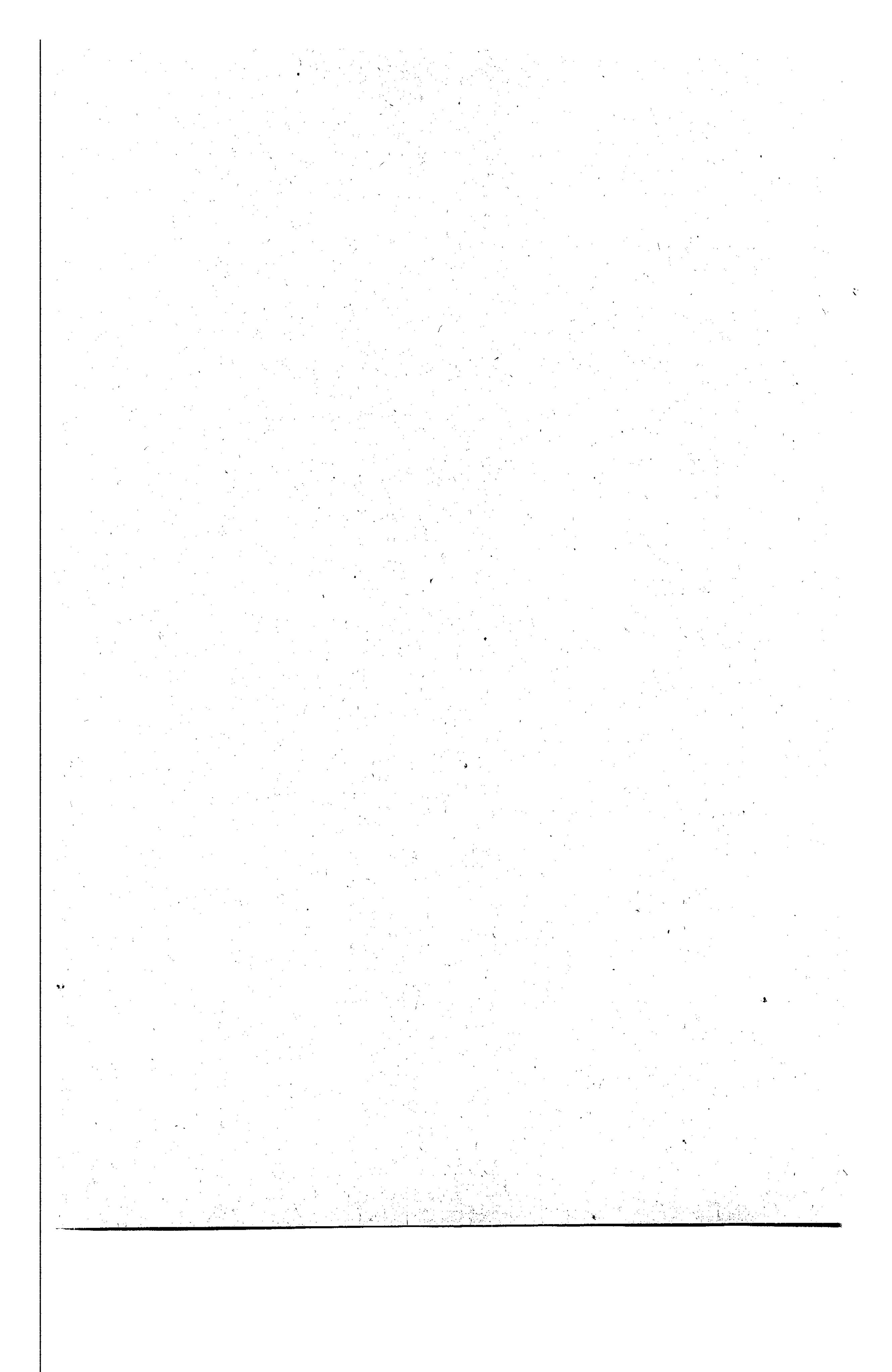
القسم الثالث: الضمانات الخاصة "الأولوية" أو حقوق الامتياز .



القسم الأول

التأمينات الشخصية

(الكفالة)



تقسيم:

نقسم دراستنا فى الكفالة الى أبواب ثلاثة :

الباب الأول : تعريف الكفالة وخصائصها

الباب الثانى : أركان الكفالة

الباب الثالث: آثار الكفالة

الباب الأول

تعريف الكفالة وخصائصهـــــا

نعرض فى هذا الباب للموضوعات الاتية على التوالى : تعريف الكفالة وتطورها ، خصائص الكفالة ، تمييز الكفالة عن النظـــم القانونية المشابهة ، أنواع الكفالة .

الفصل الأول

تعريف الكفالة وتطورهـــا

القانون المصرى :

يعرف المشرع المصرى الكفالة فى المادة ٧٧٢ بقوله : الكفالـــة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام ، بأن يتعهد للدائن بـــأن يفى بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه ، فالكفالة عقد يبرم بمجرد توافق ارادتى الدائن والكفيل دون حاجة الى رضاء المدين بذلك مقدما ، يتعهد الكفيل فى هذا العقد للدائن بأن يفـــى بالتزام معين اذا لم يف به المدين نفسه ، فالكفيل يلتزم مباشـرة قبل الدائن بأن يضمن تنفيذ الالتزام الأصلى بين الدائـــن

والمدين ، والكفالة يمكن أن ترد على أى التزام مهما كان نوعه ، ما دام يمكن تقديره نقدا ، وما يترتب على عدم تنفيذه كالحكم بالتعويضات ، ويحتفظ الكفيل بحقه فى الرجوع على المدين بالدين الذى أداه للدائن .

فالكفالة عقد يلتزم فيه الكفيل بالضمان قبل الدائن ، أى أن طرفى عقد الكفالة هما الكفيل والدائن ، أما المدين فليس طرفا فيه ،لذا فهى يمكن أن تنشأ دون تدخله أو علمه ، بل يمكن أن تنشأ رغم معارضته لأنها لا تلزمه بشئ ،ويقصد بها ضمان الوفاء بالتزام ترتب فى ذمته ،هذا الالتزام يسمى المكفول به ،ويقال للدائن المكفول له ، وللمدين المكفول عنه .

وتوجد الكفالة لضمان الوفاء بالتزام معين أيا كان محله أو مصدره ، فقد يكون التزام باعطاء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل فيقوم شخص بكفالة تنفيذ التزام المقاول للعمل الذى تعهد به ، أو تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم الشئ المبيع . وقد يكون مصدر الالتزام المكفول العقد أو الفعل أو القانون مباشرة . وقد حكمت محكمة النقض تطبيقا لذلك بأنه ليس هناك ما يمنع من أن يكفل

شخص واحد تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد في ذمة عاقديه كليهما ، بأن يتعهد لكل منهما بأن يفي له بالتزام المتعاقد الآخر في حالة تخلف هذا المدين عن الوفاء به . فعقد الكفالة ينعقد بين الكفيل وبين كل من المتعاقدين بوصف كل منهما دائنا للآخر بالالتزامات المترتبة له في ذمته بمقتضى العقد الأصلي المبرم بينهما .

والكفالة هي التزام الكفيل بأن يضمن له الوفاء بدين شخص آخر اذا لم يف به المدين . وليس معنى ذلك أن التزام الكفيل معلق على شرط واقف هو عدم قيام المدين بالوفاء ، فالتزام الكفيل منجز وينشأ ويتولد في ذمته نهائيا منذ ابرام الكفالة ، وانما يعني ذلك القيد أن الكفالة ذات صفة تكميلية أو احتياطية لالتزام المدين فالكفيل لا يلتزم بالدين الأصلي بالمساواة مع المدين به بل بالتبعية له ، بمعنى أن الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل الا بعد البدء بالتنفيذ على أموال المدين .

الفقه الاسلامي :

يقصد بالكفالة في الفقه الاسلامي " ضم ذمة الى ذمة في

المطالبة بدين أو عين أو نفس ليكون المكفول به اما نفس أو عين، أو دين، فالمضمون في الكفالة بالنفس هو احضار المكفول، وفي الكفالة بالعين اما تسليمها الى المكفول له أو ضمانها، وفي الكفالة بالدين أداؤه" .

يتضح من هذا التعريف أن الكفالة في الفقه الاسلامي لها معنى جامع لكل صور الكفالة وعناصرها ، فالكفالة بالدين تعني الالتزام بأدائه وهي الصورة العادية للكفالة الحديثة حيث تنضم ذمة الكفيل الى جانب ذمة المدين للوفاء بالدين ، والكفالة بالعين تعني تسليمها الى المكفول له أو ضمانها ، وهي تقترب من الكفالة العينية التي يعرفها القانون الوضعي حيث تخصص عين معينة للوفاء بالدين أو لضمانه ، وأخيرا فالكفالة بالنفس يقصد بها كفالة احضار المكفول . وهي ما ينظمها القانون اليمني تحت مسمى كفالة البدن (كفالة الوجه) كما سنرى .

القانون اليمني :

يعرف القانون اليمني الكفالة تعريفا مشتقا من التعريفات التي يوردها الفقه الاسلامي ، فينص على أن الكفالة ضم ذمة هي

ذمة الكفيل الى ذمة هى ذمة المكفول عليه للاستيثاق فيما كفل به..
(م ٩٩٨) • والكفالة قسمان هما : ١ ـ كفالة بالمال ٢• ـ كفالة بالبدن (كفالة الوجه) (م ١٠٠٠) • والكفالة بالمال تكون في المطالبة بعين مضنونة أو دين أو حق ،والكفالة بالبدن (كفالة الوجه) تكون فى المطالبة باحضارهم (م ١٠٠١) •

وتورد المذكرة الايضاحية السند الشرعى للكفالة بقولها "تقديم الكفالة أو الضمانة فى اللغة الالتزام وشرعا ضم ذمة الكفيل الى ذمة المكفول عليه فى الوفاء مطلقا سواء كان المكفول به دينا أو عينا أو وجها ودليل شرعيتها النص لقوله تعالى " ولمن جاء به حمل بعير وانه به زعيم " ،وقوله تعالى " لن أرسله معكم حتى تؤتونى موثقا من الله لتأتننى له " وقوله عليه السلام " الزعيم غارم " (ولأن الرسول الكريم أقر كفالة أبى قتادة لدين على رجل مات وعليه ثلاثة دنانير) والكفالة لازمة لمصالح الناس للاستيثاق فيما كفل به " •

والكفالة تتم ولا تتوقف على رضاء المكفول عليه فيكفى فيها رضاء الكفيل والمكفول له • ويجوز أن يقتصر ضمان الكفيل على الوفاء بالمكفول به من عين معينة الذات ،وذلك لأن الكفالة تقبل الشرط

الذى يتفق مع موجبها ،وموجب الكفالة هوالاستيثاق للوفاء بما كفل به واقتصار الضمان على عين معينة بالذات يؤكد ذلك ولا يتنافى معه .

والكفالة نوعان فهى اما أن تكون بالمال للوفاء بدين أو عين أو حق ،وقد تكون بالبدن أو الوجه لاحضاء شخص مطلوب حضوره ، وقد يكون حضوره للوفاء بالمال ولما كان الغرض من الكفالة الاستيثاق فيما كفل به ،فصح كفالة المال فى المطالبة بعين مضمونة أو دين أو حق ،وتصح الكفالة بالبدن فى المطالبة باحضار شخص مطلقا .

مؤدى ما سبق أن القانون اليمنى يأخذ بنفس مفهوم الكفالة فى الفقه الاسلامى ،ويعرف الكفالة بصورها الثلاث:

ـ كفالة شخصية حيث تنضم ذمة الكفيل الى جانب ذمة المدين للوفاء بالدين .

ـ كفالة عينية بتخصيص مال مملوك للكفيل لضمان الوفاء بالتزام المدين .

ـ كفالة الوجه أو البدن أو النفس حيث يلتزم الكفيل باحضار

شخص مطلوب احضاره سواء أمام القضاء أو للوفاء بالمال .

معنى آخر للفظ الكفالة :

" قد يقصد بلفظ الكفالة مبلغ من النقود أو عدد من الأوراق المالية ، يسلمه شخص لآخر ، ليبقى لدى الثانى ضمانا لما قد يترتب فى ذمة الأول من مسئولية ، ولاستيفاء الالتزامات التى قد تنشأ عنها فكثيرا ما يشترط أصحاب الأعمال ، على المستخدمين عندهم فى أعمال تتطلب الامانة ، كالمحصلين ، بأن يقدموا اليهم قيمة مالية معينة ، تبقى لديهم طيلة قيام علاقات العمل ، فتكون ضمانا لما قد يترتب فى ذمتهم من مسئولية فى أثناء العمل المعهود اليهم ، وقد يكون تقديم الكفالة بهذا المعنى واجبا بمقتضى نص القانون أو حكم القاضى . فتقضى قواعد المرافعات ، فى بعض حالات النفاذ المعجل ، على المحكوم له بأن يودع صندوق المحكمة من النقود أو الأوراق المالية قدرا مساويا لقيمة ما يراد التنفيذ به حتى يضمن للمحكوم عليه ، فتسمى القيمة المالية فى هذه الحالات ، تأمينا أو كفالة ، ولكنها لا تعتبر كفالة بالمعنى القانونى الذى نقصده – والتى هى تأمين شخصى – ، بل لا تعدو أن تكون تأمينا عينيا ، وعلى وجه التخصيص

أقرب الى أن تكون رهن حيازة ،وتخرج ،من ثم ،عن نطاق البحث الذى نحن بصدده" .

التطور التاريخى للكفالة :

كانت الكفالة ،فى أول عهود القانون الرومانى ،مثل التضامن فى المديونية ، فقد كان مركز الكفيل مثل مركز المدين المتضامن ،حيث كان الكفيل مدينا متضامنا مع المدين الأصلى ،فهو فى مركز متساو مع المدين حيث أن ذمة كل منهما ضامنة للوفاء بالدين ، ومن ثم كان بوسع الدائن أن يرجع على أى منهما (الكفيل ،المدين الأصلى) بكل الدين .

ثم بدأت الكفالة تتميز شيئا فشيئا حتى استقلت فى مفهومها عن التضامن ، وأصبح مركز الكفيل مختلفا عن مركز المدين الأصلى، فهو مسئول عن الدين بصفة تبعية أو احتياطية أى فى حالة عدم وفاء المدين الأصلى بالدين ،ويلتزم الدائن بالتنفيذ أولا على أموال المدين الأصلى ، واذا بدأ بالتنفيذ على ذمة الكفيل ،جاز لهذا الأخير أن يدفع بالتجريد ،كل ذلك ما لم نكن بصدد كفالة تضامنية حيث يستطيع الدائن فيها أن يرجع على المدين الأصلى أو الكفيل

المتضامن أيهما شاء .

والجدير بالذكر أن الكفيل فى الفقه الاسلامى يعتبر متضامنا مع المدين الأصلى ، فللدائن أن يرجع على أيهما شاء ، فالكفيل لا يملك حق التجريد ، ومن ثم فان أحكام الكفالة تتمشى مع أحكام التضامن الى مدى بعيد ، وتنص على ذلك المعنى المادة ٦٤٤ من المجلة بقولها " الطالب مخير فى المطالبة ، ان شاء طالب الأصيل وان شاء طالب الكفيل ، ومطالبته أحدهما لا تسقط من مطالبته للآخر ، وبعد مطالبته أحدهما ، له أن يطالب الآخر ويطالبهما معا " .

وقد أخذ بهذا المعنى القانون اليمنى ، ولم يأخذ بحق الكفيل فى الدفع بالتجريد وانما أجاز للدائن أن يرجع على الكفيل أو على المدين أيهما شاء (م ١٠١٢) ، فالكفيل ليس مجرد مدين احتياطى ، وانما هو على قدم المساواة مع المدين الأصلى ، ومن حق المكفول له أن يرجع على أيهما شاء .

الفصل الثانى

خصائص الكفالة

تتميز الكفالة بعدة خصائص هى أنها عقد ضمان شخصى ،وعقد رضائى ، ملزم لجانب واحد ، وتعد من عقود التبرع ،وأخيرا فهى عقد تابع ٠

ونعرض لتلك الخصائص بشىء من التفصيل :

١ ـ الكفالة عقد ضمان شخصى :

فالكفالة عقد ضمان بمعنى أنها تضمن وفاء المدين بالدين ، فهى تأمين للدائن ضد امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه ،فتعهد الكفيل بالوفاء بالدين يزيد ثقة الدائن فى حصوله على حقه فيتحقق به الضمان ٠

وقد ازدادت أهمية الكفالة كوسيلة للضمان فى العصر الراهن بفضل تدخل البنوك والمؤسسات المصرفية لتمويل المشروعات والأفراد للمساهمة فى عمليات الانتاج وتنشيط الاقتصاد القومى ،خاصة وان هذا التمويل أصبح ضروريا لأهميته وعدم قدرة الأفراد على تغطيته

بموارد هم المحدودة • وتحتاج بيوت الائتمان الى وسيلة لتأمين عودة أموالهم وتجنب خطر اعسار المدين ،وغالبا ما تكون الكفالة هي الوسيلة لتقديم هذا الضمان •

والكفالة تتميز أيضا بالطابع الشخصي ،حيث يضيف الكفيل ذمته الى جانب ذمة المدين للوفاء بالدين ،أي أن الكفيل يضم ضمانه العام الى الضمان العام للمدين • والطابع الشخصي للكفالة (الكفالة الشخصية) يميزها عن الكفالة العينية التي يقدم الكفيل فيها مالا معينا لضمان الوفاء بدين المدين ،وهو لا يضمن الوفاء بهذا الدين الا في حدود المال الذي قدمه تأمينا له •

وتكون الكفالة في العادة كفالة شخصية حيث يضمن الكفيل الوفاء بالدين ،ويرد هذا الضمان على كل مفردات العنصر الايجابي في ذمته المالية أي على كل أمواله ،أما الكفيل العيني فتنحصر مسئوليته في قيمة العين التي قدمها تأمينا لحق الدائن ، أي أن مسئوليته بضمان الدين المكفول تكون في حدود المال المخصص لهذا الضمان •

وقد نظم القانون اليمني كل من نوعي الكفالة الشخصية والعينية

حيث يجوز أن يضمن الكفيل الدائن ضمانا مطلقا فى كل أمواله ، ويجوز أن يقتصر ضمان الكفيل على الوفاء بالمكفول به ، من عين معينة بالذات (م ٩٩٩) .

٢ ـ الكفالة عقد رضائي :

تنعقد الكفالة بمجرد التراضى بين طرفيها : الكفيل والدائن ، ولا يشترط لهذا الانعقاد أى شكل خاص ، ولا يؤثر فى الطابع الرضائى لعقد الكفالة اشتراط المشرع المصرى ثبوتها بالكتابة ، اذ تنص المادة ٧٧٣ على أنه لا تثبت الكفالة الا بالكتابة . فالكتابة هنا شرط للاثبات وليس للانعقاد .

وقد عبر المشرع اليمنى عن الطابع الرضائى للكفالة بصورة صريحة ، حيث يكفى مجرد تراضى الطرفين على انعقادها دون اشتراط أى شكل معين لهذا الانعقاد ، فهى تتم بلفظها ونحوه ولا تتوقف على ارضاء المكفول عليه (م ٩٩٨) . فالكفالة تخضع للقاعدة العامة فى ابرام العقود وهى الرضائية ويجوز اثباتها بكافة الطرق كالكتابة أو البينة أو القرائن الدالة على اتجاه ارادة الطرفين الى انعقادها .

٣ ـ الكفالة عقد ملزم لجانب واحد :

ينشأ عقد الكفالة بين الدائن والكفيل فقط، حيث يتعهد الكفيل في هذا العقد أمام الدائن بضمان وفاء الدين اذا لم يف به المدين الأصلي ،فالعقد يرتب التزاما بالضمان على عاتق الكفيل ، أما الدائن فلا يلتزم عادة بشيء نحو الكفيل لذا يقال بأن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل .

وليس معنى أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد أنها تصرف بالارادة المنفردة بل هي عقد لا يتم بتبادل وتطابق ارادتي كل من الكفيل والدائن ، فالكفالة لا تتم بمجرد اعلان حق جانب الكفيل وحده ،فاذا صدر ايجاب من الكفيل فان العقد لا ينعقد الا بعد صدور القول من الدائن .

واذا كان الأصل أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد ، الا أنه اذا التزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل في نظير كفالته للدين ، فان الكفالة تصبح عقدا ملزما للجانبين ،حيث تنشأ عنه التزامات متبادلة على عاتق كل من الدائن والكفيل ،هذه الالتزامات المتقابلة يرتبط بعضها ببعض بحيث يعتبر كل منها سببا لقيام الالتزام

المقابل .

وإذا تمثل المقابل الذى يدفعه الدائن للكفيل فى كفالتـــه للدين فى مبلغ من النقود ، فان الشك يثور حول طبيعة هذا العقد هل يظل كفالة ؟ أم أنه ينقلب الى عقد تأمين خطر اعسار المدين ؟

لا شك أن الأمر مرجعه قصد المتعاقدين الذى يتضح مـــن عبارات العقد ومضمونه فاذا اتجه قصد الطرفين ان المبلغ الـــذى يدفعه الدائن هو مقابل تعهد الكفيل أو الضامن بتأمينه من خطر اعسار المدين أو عدم وفائه بالتزامه ، وتعويضه عن الضرر الـــذى يلحقه من جراء ذلك ، فان العقد يصبح صورة من التأمين أو بمعـنى أدق تأمين الائتمان ، وهو فى هذه الحالة عقد اصلى واحتمالـى ، وليس عقدا تابعا ومحددا لأنه تأمين وليس كفالة .

أما اذا اتجهت ارادة الأطراف الى أن الكفيل تقتصـر دوره على التعهد بتنفيذ التزام المدين اذا لم يقم هذا بوفائه ، فـان العقد يظل كفالة ، ولا ينفى عنه هذه الصفة دفع مبلغ من النقـــود مقابلا للكفالة .

ويمكن أن يشترط الكفيل على الدائن ،عند ابرام الكفالة ، بعض الاشتراطات لمصلحة المدين أو الغير • كاشتراط منح المدين أجلا أوسع للوفاء بالدين أو اشتراط زيادة مقدار القرض له • فى هذه الحالة تكون الكفالة ملزمة للجانبين فى صورة اشتراط لمصلحة الغير ،حيث يتعهد الدائن فى مواجهة الكفيل ، مقابل كفالته للدين ،بأداء معين لمصلحة المدين الذى يعتبر من الغير بالنسبة للعقد ،الا أنه مشترط لمصلحته أى مستفيد من عقد الاشتراط •

ويمكن أن يلتزم المدين بدفع مبلغ معين للكفيل مقابل كفالته له ، ويتحقق ذلك عندما يقوم البنك بكفالة المدين من خلال تقديم خطاب ضمان ،ويتقاضى اجرا على ذلك ، فى هذه الحالة تظل الكفالة عقدا ملزما لجانب واحد ، لأن الكفيل (البنك) هو الملتزم بالضمان تجاه الدائن الذى لا يلتزم بأى شئ ،فالمدين هو الذى يدفع المقابل للبنك ، وهذا المدين ليس طرفا فى الكفالة •

ويفرض القانون المدنى عدة التزامات على عاتق الدائن كاتخاذ أجراءات مطالبة المدين بالدين فى الوقت المناسب ،

والالتزام بالمحافظة على التأمينات الضامنة لوفاء الالتزام المكفول به ،والالتزام باتخاذ الاجراءات ضد المدين اذا نذره الكفيل ، والتزامه بالتقدم فى تفليسة المدين . ليس من شأن هذه الالتزامات أن تجعل من الكفالة عقدا ملزما للجانبين لأنها مجرد شروط اشترطها القانون لرجوع الدائن على الكفيل بالدين المكفول به ، هذا بالاضافة الى أن هذه الالتزامات ليست سببا لالتزام الكفيل بوفاء الدين اذا لم يف به المدين ،والعقد الملزم للجانبين هو العقد الذى تنشأ عنه التزامات متقابلة ومرتبطة ببعضها على نحو يعتبر كل منها سببا لقيام الالتزام المقابل .

ونفس الحكم بالنسبة للالتزامات التى تنشأ على عاتق الدائن بعد أن يستوفى حقه من الكفيل ، فالدائن يلتزم بتسليم الكفيل وقت فائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع وان يتخلى له عن المنقول المرهون أو المحبوس ضمانا لنفس الدين ، ويلتزم كذلك بالقيام بالاجراءات اللازمة لنقل التأمين العقارى اذا الدين المكفول مضمونا فى نفس الوقت بتأمين من هذا النوع .

ان مثل هذه الالتزامات لاتغير من طبيعة عقد الكفالة

وتجعله عقدا ملزما للجانبين ، لأنها لاتنشأ عن عقد الكفالة نفسه ، وانما تترتب على وفاء الدين كواقعة لاحقة لابرام عقد الكفالة ومستقلة عنه ،ولا تعتبر سببا لالتزام الكفيل ومن المسلم به أن تحديد طبيعة العقد يرتبط بما ينشأ عنه من التزامات عند ابرامه .

٤ ــ الكفالة عقد تبرع:

ينص القانون اليمنى صراحة على أن الأصل فى الكفالة التبرع ويصح أن تكون بأجر بحسب العرف (م١٠٠٧) . فاذا اطلقت الكفالة فانها تكون تبرعا ولا يستحق الكفيل أجرا عنها ،ويمكن أن يشترط الكفيل أجرا لأنه معرض لأن يفى عن المكفول عليه دون رجوع عليه كما اذا كان مفلسا أو معسرا ،كما أن العرف قد جرى بذلك تيسيرا على الناس فى معاملاتهم .

والكفالة عقد تبرع بالنسبة للكفيل فى مواجهة المدين ،فالكفيل يتبرع عادة باسداء خدمة للمدين ،وهو لا يأخذ مقابلا لكفالته الدين لا من الدائن ولا من المدين ،وتعتبر الكفالة فى نفس الوقت عقد معاوضة بالنسبة للدائن لانه يحصل عليها فى مقابل اعطاء

الدين ، فليس هناك ما يمنع من اعتبار العقد معاوضة بالنسبة الى أحد المتعاقدين ، وتبرعا بالنسبة الى المتعاقد الآخر .

وتصبح الكفالة عقد معاوضة اذا تقاضى الكفيل مقابلا فى نظير كفالته من المدين أو من الغير ، وتزداد هذه المسمة فى العصر الحاضر مع ازدياد الطابع المادى على المدينة الحديثة وتطور النشاط الاقتصادى والمعاملات التجارية وازدهار العمليات المصرفية . فأصبح الكفيل يحصل عادة على مقابل لكفالته .

ويترتب على صفة التبرع فى الكفالة عدة نتائج :

أ ـ يشترط لصحة الكفالة أن تتوافر فى الكفيل أهلية التبرع ، وينص القانون اليمنى على ذلك صراحة بقوله يشترط فى الكفيل أن يكون أهلا للتبرع وان يرضى بالكفالة (م١٠٠٢) . فلا يكفى فيه أن يكون أهلا للتصرف ذا ولاية وانما يتعين أن يكون أهلا للتبرع ، فلا تصح الكفالة من الصبى المميز فى دين على غيره ، ولو من المنصوب لأن ولايته لا تتعدى الى ما يضر المنصوب عنه .

ب ـ لا يشترط للطعن فى الكفالة بالدعوى البوليصية أو

دعوى عدم نفاذ التصرفات ، أن يثبت دائن الكفيل تواطؤه مع الدائن ولا مع المدين .

جـ ـ تعتبر الكفالة ـ فى الأصل ـ عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا أو كان الالتزام المكفول تجاريا . وينص على ذلك صراحة المشرع المصرى فى المادة ٧٧٩ التى تقرر أن كفالة الدين التجارى تعتبر عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا . ذلك أن التجارة تقوم على قصد الربح والمضاربة ولا شأن لها بنية التبرع . الا أن القانون اليمنى يعتبر الكفالة عملا تجاريا اذا كان الكفيل يضمن دينا تجاريا بالنسبة للمدين (م٢٢٨ تجارى يمنى) .

لكن الكفالة تعتبر عملا تجاريا اذا وردت على دين ثابت فى ورقة تجارية وقع عليها الكفيل بوصفه ضامنا احتياطيا أو مظهرا ، ولو كان الكفيل غير تاجر ، سواء كانت الورقة كمبيالة أو سندا لأمر أو شيكا . وقد ورد ذلك الحكم صراحة فى المادة ٧٧٩ مصرى ، والمادة ٢٢٩ يمنى التى تنص على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق ، تعتبر دائما عملا تجاريا .

وتعتبر الكفالة كذلك عملا تجاريا اذا كان الكفيل تاجـــرا ، وأبرمها بقصد الربح ، ويحترف الكفالة بمقابل ، ككفالة المصرف دين أحد عملائه نظير عمولة معينة ،وتنص على ذلك المادة ١٠ تجـــارى يمنى حيث تعتبر الكفالة التى تقوم بها البنوك ضمن أعمالها المصرفية عملا تجاريا .

د ــ لا يجوز ابرام الكفالة بطريق الوكالة ،الا اذا صدر بهـا توكيل خاص، يحدد فيه المدين المكفول عنه والالتزام المكفول به . وتقرر ذلك محكمة النقض بقولها : ان الكفالة من عقود التبرع الـتى يجب أن يكون بيد الوكيل الذى يكفل الغير نيابة عن موكله ،تفويض خاص بذلك . فاذا نص التوكيل على تخويل الوكيل أن يرهن ما يرى رهنه من أملاك الموكل ، ويقبض مقابل الرهن فانه يكون مقصورا عـلى الاستدانة ورهن ما يفى الدين من أملاك الموكل ،ولا يجوز الاعتماد عليه فى أن يكفل الوكيل باسم موكله مدينا وأن يرهن أطيان الموكـل تأمينا للوفاء بالدين . وقضت كذلك بأن الكفالة عقد ينطوى عـلى تبرع فلا يسوغ اجراؤه بطريق الوكالة الا بعد اثبات توكيل خاص به ، فالتوقيع على عقد الكفالة ،بناء على توكيل مرخص فيه للوكيل بالاقرار

والصلح لا يصح ٠

٥ ـ الكفالة عقد تابع:

تقوم الكفالة لضمان الوفاء بدين شخص آخر ، فالتزام الكفيل لا يقوم مستقلا بذاته ، بل لتأمين تنفيذ هذا الدين أو الالتزام الأصلى ،ويعتبر التزام الكفيل تابعا حتما لالتزام المدين الأصلى ، لذا توصف الكفالة بأنها عقد تابع٠ ومن ثم لا نكون بصدد كفالة اذا التزم شخص عن دين الغير التزاما أصليا ، فهو لا يكون كفيلا بل يكون مدينا أصليا وليس تابعا لأن التزامه مستقل عن التزام المدين ٠

ويترتب على تبعية التزام الكفيل أنه يرتبط فى وجوده وفى زواله بالالتزام المكفول ، ولا تكون الكفالة صحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحا ٠ وتقع الكفالة باطلة اذا كان الالتزام الأصلى باطلا ٠

ويتحدد نطاق التزام الكفيل وصفاته على مقتضى الالتزام الأصلى ، فاذا كان هذا الالتزام معلقا على شرط واقف أو فاسخ ،

فان الكفالة تكون معلقة على ذات الشرط ، ولا يجوز أن يزيد التزام الكفيل على الالتزام الأصلى ، فلا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول ، ولكن تجوز الكفالة فى مبلغ أقل وبشروط أهون ، ويبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين

ويسلم المشرع اليمنى بتبعية عقد الكفالة حيث ينشأ بمناسبة كفالة دين أصلى ، ويتضح ذلك من تعريف الكفالة بأنها " ضم ذمة هى ذمة الكفيل الى ذمة هى ذمة المكفول عليه لاستيثاق فيما كفل به ، ويؤكد هذه التبعية أن الكفالة تنقضى بانقضاء الدين الأصلى سواء بالوفاء أو بالابراء ، فتنص المادة ١٠٢٤ على أن أداء المكفول عليه للحق المكفول به مبرئ لذمة الكفيل . وتنص المادة ١٠٢٧ على أنه اذا أبرأ المكفول له المكفول عليه من الحق تبرأ ذمة الكفيل منه لزوال الحق المكفول به .

ويترتب على صفة التبعية أن الكفيل لا يقف موقف المساواة مع المدين الأصلى ، بل هو مدين احتياطى ، فالدائن لا يستطيع الرجوع عليه الا بعد الرجوع على المدين الأصلى ، وليس له الحق فى

التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين . الا أن المشرع اليمنى لم يأخذ بتلك النتيجة . بل اعتبر المدين الأصلى والكفيل مدينين فى درجة واحدة ،ويحق للدائن أن يطالب الكفيل أو الأصيل بحقه أيهما شاء .

الفصل الثالث

تمييز الكفالة عن النظم القانونية المشابهة

تشترك الكفالة مع بعض النظم القانونية فى خصائص معينة ، الا أن لكل منها أحكام قانونية مستقلة تميزه عن الآخر ، لذا وجب اجراء مقارنة سريعة بين الكفالة وبين هذه النظم حتى تتضح صورة النظام محل الدراسة وتستبين معالمه .

وتتضمن المقارنة كل من: التضامن بين المدينين ، التعهد عن الغير ، الانابة الناقصة ، تأمين يسار المدين .

١ ـ التضامن بين المدينين:

فى حالة التضامن بين المدينين ، يتعدد المدينون ، ويكون كل منهم مسئولا عن كل الدين ، ويستطيع الدائن أن يطالب أى مدين منهم بالوفاء بكامل الدين ، وذلك لوحدة الدين بينهم ، ويلتزم كل منهم بالدين كله ، ويجوز للدائن أن يطالب المدينين مجتمعين ، فاذا تم الوفاء من أحدهم برئت ذمة الباقين . على أن يرجع على كل منهم بقدر نصيبه فى الدين . فالمدين المتضامن يلتزم التزاما أصليا

فى مواجهة الدائن ، حيث يلتزم بالوفاء بحصة المدينين الآخرين مع الوفاء بحصته ،وهو ليس كفيلا عنهم ،بل هو مدينا أصليا بالتضامن معهم ٠

أما التزام الكفيل فيعتبر التزاما تابعا لالتزام المدين ،أى أنه يلتزم بالوفاء بدين غيره ،عكس المدين المتضامن الذى يلتزم التزاما أصليا ، ومن ثم فهو يلتزم بالوفاء بدين نفسه ٠ فالكفيل ،حتى ولو كان متضامنا ،يلتزم بصفة تبعية ، أما المدين المتضامن فيلتزم بصفة أصلية ،حتى ولو لم تكن له مصلحة فى الدين محل التضامن ٠

٢ ـ التعهد عن الغير:

التعهد عن الغير هو الحالة التى يتعاقد فيها شخص مع آخر مع تعهده ، شخصيا بأن يحمل الغير على قبول هذا التعاقد فهو اتفاق بمقتضاه يتعهد شخص بعمل هو أن يحمل شخصا آخر على قبول التزام معين ٠ مثال ذلك حالة الوكيل الذى يتجاوز حدود الوكالة ويتعهد شخصيا بأن يجعل الموكل يقر الاتفاق الخارج عن حدود التوكيل ٠

والتعهد عن الغير لا يلزم الغير ، فالمتعهد يلتزم شخصيا بالعقد الذى يبرمه ،فهو ليس وكيلا عن الغير أو نائبا عنه ولا سلطة له فى الزامه ،ولكنه يتعهد بأن يحصل على رضاء هذا الغير بالعقد فمحل التزام المتعهد هو دائما التزام بعمل هو أن يحمل الغير على قبول التزام معين .

ولا يرتب التعهد عن الغير التزاما فى ذمة الغير ،الذى يظل حرا فى أن يقبل العقد الذى تم التعهد به عنه أو أن يرفضه .

فالمتعهد عن الغير يلتزم التزاما أصليا بأن يجعل الغير يقبل التزام معين ، أما التزام الكفيل فهو التزام تبعى حيث يلتزم بالوفاء بالدين اذا لم يف به المدين نفسه فالكفيل يضمن وفاء المدين بالتزامه ،أما المتعهد فيقتصر دوره على حمل الغير على قبول الالتزام ، دون أن يضمن الوفاء بهذا الالتزام .

وللغير الحرية فى قبول الالتزام أو رفضه ،فاذا رفض الغير القيام بتنفيذ ما تعهد به المتعهد ،فانه هذا الأخير يكون قد أخل بالتزامه الأصلى ويلتزم بتعويض المتعهد له عما نال له من ضرر ،

ويجوز للمتعهد عن الغير أن يتخلص من التعويض بأن يقوم بنفسه بما تعهد أن يقوم به الغير (م ٢١٢ يمنى ، ١٥٣ مصرى) أى أنه يجوز للمتعهد أن يقوم بتنفيذ نفس الالتزام موضوع التعهد ، ان كان ذلك ممكنا ، وذلك كصورة من صور التعويض وقد يؤدى هذا الى الاعتقاد بأن المتعهد يعتبر هنا بمثابة كفيل لأنه ينفذ الالتزام الذى كان من المفروض أن ينفذه الغير ، الا أن هذا الاعتقاد غير صحيح ، لأن الغير لم يوجد عليه أى التزام أصلا حتى ينفذه المتعهد بدلا منه ، ويقوم المتعهد بتنفيذ التزامه هو ، وهو التزام أصلى وليس تابعا ، ويتم ذلك عن طريق التنفيذ بمقابل أى أنه ينفذ التزاما بديلا لالتزامه الأصلى ٠ أما الكفيل فالتزامه تابع لأنه يقوم بتنفيذ التزام المدين اذا لم يقم به ٠

٣ ــ الانابة الناقصة :

تعنى الانابة أن المدين قد أناب عنه شخصا آخر يتعهد للدائن بالوفاء بالدين الموجود فى ذمته ، فهى تتم اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يقوم بوفاء الدين مكان المدين ٠ والانابة نوعان :

الانابة الكاملة وتكون عندما ينيب المدين عنه شخصا آخــــر ينعهد للدائن بدين جديد بدل الدين الذى كان فى ذمته ، أى أن الدين القديم ينقضى لينشأ مكانه دين جديد ، ويعتبر هذا تجديد بتغيير المدين ٠

أما الانابة القاصرة أو الناقصة ، فهى لا تتضمن تجديدا ، بـــل يبقى الدين فى ذمة المدين الأصلى ، وينضم اليه المدين الجديـــد ليكون مدينا لذات الدائن ، بدين آخر ٠ فمناط التفرقة بين نوعـــى الانابة يكمن فى تضمنها تجديدا بتغيير المدين أو عدم تضمنهـــا له ، فاذا تضمنت تجديدا بتغيير المدين كانت انابة كاملـــــة ، وان لم تتضمن تجديدا بتغيير المدين كانت انابة ناقصة ٠

وينص المشرع اليمنى على ذلك فى المادة ٣٩٩ بقوله : تــــتم الانابة اذا حصل المدين الأصلى على رضاء الدائن بأن يلتزم شخص آخر بوفاء الدين مكانه ، ولا يلزم أن يكون الغير مدينا للمدين ، ويقوم الالتزام الجديد الى جانب الالتزام الأول اذا لم يتفق صراحة على تجديد الدين ـ فاذا اتفق على تجديد الدين فتبرأ ذمة المديـــن الأصلى بشرط أن يكون الالتزام الجديد صحيحا والمدين الجديد

موسرا وقت الانابة ٠

لا وجه للالتباس بين فكرة الانابة الكاملة والكفالة ،لأن الانابة الكاملة تنطوي على تجديد للالتزام بتغيير المدين ،فالمدين الأصلى (المنيب) يختفى ليحل محله مدين جديد (المناب) ٠

ويمكن أن يثور اللبس بصدد الانابة الناقصة ،حيث يتعدد المدينون بدين واحد ، اذ يبقى الدين فى ذمة المدين الأصلى ، وينضم اليه المدين الجديد ليكون مدينا بنفس الدين ٠

ولكن الفارق بين الانابة الناقصة والكفالة أى بين الكفيل والمناب يكمن فى فكرة التبعية ٠ فالمناب يلتزم بدفع دين الغير التزاما أصليا لا التزاما تابعا كما هو الحال بالنسبة للكفيل ٠ ويستطيع الدائن أن يختار أى من المنيب أو المناب بمطالبته بحقه لأن كل منهما يلتزم التزاما أصليا فى مواجهة الدائن ،ولا يستطيع المناب أن يطلب من الدائن أن يرجع على المنيب (المدين الأصلى) اولا ولو كان موسرا ، ولا يستطيع أن يحتج بالدفوع التى يحتج بها المنيب على المناب لديه (الدائن) ٠

أما بالنسبة للكفيل فان التزامه تابع للالتزام الأصلى ، ومن ثم يجوز له ــ كما رأينا ــ أن يدفع فى مواجهة الدائن بضرورة رجوعه على المدين الأصلى أولا ، وله أن يتمسك فى مواجهته كذلك بضرورة التنفيذ على أموال المدين وتجريده من أمواله قبل الشروع فى التنفيذ على أموال الكفيل ٠

٤ ــ عقد الضمان :

"عقد الضمان هو اتفاق يتعهد بمقتضاه الوكيل بالعمولة لعميله بضمان تنفيذ العقد وعلى الخصوص دفع المشترى للثمن أو يتعهد بمقتضاه مصرف لدائن ،فى مقابل جعل يقبضه منه ويسمى العمولة ،بضمان يسار مدينه ،وهذا الاتفاق ،وان كان يقترب فى صورته الثانية على الخصوص،من الكفالة ، الا أنه يظل ، فى كل الأحوال متميزا عنها " ، لأن الوكيل بالعمولة أو المصرف الذى يضمن يسار العميل يلتزم التزاما أصليا ولا يعتبر كفيلا للعميل ،كما أن التزام كل منهما يختلف عن التزام المدين ٠

٥ ــ تأمين يسار المدين:

وهو احدى صور التأمين ويطلق عليه عقد التأمين من الاعسار أو تأمين الائتمان ، وهو "عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه ، وهو المؤمن لطرفه* الثانى ، وهو المستأمن ، فى مقابل قسط معين ، بضمان الخسارات التى تلحقه نتيجة اعسار مدينه" .

يحتفظ هذا العقد بذاتية مستقلة عن عقد الكفالة ، فهو صورة من صور التأمين حيث يتعهد الضامن بتأمين الدائن من خطر اعسار المدين ، وهو لا يضمن يسار المدين ، بل يلتزم التزاما أصليا بموجب عقد التأمين ، لا بوفاء دين المدين ذاته ، بل بتعويض الدائن عن الضرر الذى يلحقه نتيجة اعسار المدين .

" وثمة تطبيقات حديثة لهذا النوع من العقود وهو ما يعرف ــ الآن ــ بضمان الاستثمارات . ففى سبيل تشجيع رؤوس الأموال الخاصة والعامة على الاستثمار فى الدول النامية ابتدعت عدة وسائل قانونية لحماية هذه الاستثمارات من بينها تقديم ضمان للمستثمر ضد ما يتعرض له من مخاطر غير تجارية ، كالتأميم والحروب

فى البلد المضيف للاستثمار ، حيث قد تأخذ الاستثمارات شكل القروض التى تمنح لمستوردين أجانب لتمويل شرائهم لبضائع من الداخل ، وهذا ما يسمى بتأمين ائتمان الصادرات الذى يغطى المخاطر غير التجارية التى تمنع من سداد القرض وفقا للشروط المتفق عليها ، وقد ذهب اتجاه الى أن عقد ضمان الاستثمار يتفق مع عقد الكفالة* فى الفقه الاسلامى فى أن للمؤسسة الحق فى الرجوع على الدولة المضيفة (المكفول عنه) بمقتضى حلول الأولى محل المستثمر بما يكون لها من حقوق فى ذمة هذه الدولة نتيجة لتحقق الخسارة ، تماما كما أن للكفيل الرجوع على المكفول بما أداه عنه . ويمكن أن يقال بأن هناك وعدا بالكفالة تتعهد المؤسسة بمقتضاه للمستثمر بأن تكفل دين التعويض عندما يترتب فى ذمة الدولة المضيفة للاستثمار " .

الفصل الرابع

أنـــواع الكفالــــة

يمكن اجراء أكثر من تقسيم للكفالة بحسب الزاوية المنظـــور اليها منها ، فمن حيث المصدر تكون الكفالة اما اتفاقية أو قانونيـة أو قضائية ، ومن حيث الطبيعة هناك الكفالة المدنية والكفالـــة التجارية ،ومن حيث المحل تكون الكفالة شخصية (بسيطـــة أو تضامنية) ،أو عينية ،أو كفالة بدن ٠

المبحث الأول

أنواع الكفالة بحسب مصدرهـــا

تنقسم الكفالة ،حسب مصدر التزام المدين بتقديمها الـــى كفالة اتفاقية ، وكفالة قانونية ،وكفالة قضائية ،فمصدر التزام المديـن بتقديم كفيل قد يكون الاتفاق أو القانون أو القضاء ،أما الـــتزام الكفيل فى مواجهة الدائن ،فمصدره دائما عقد الكفالة المبرم بينهما ، ولا يتعلق بأنواع الكفالة ٠

الكفالة الاتفاقية :

الكفالة الاتفاقية هي التي تنشأ نتيجة اتفاق المدين مع الدائن على التزام الأول بتقديم كفيل للثاني يضمن دينه ،ويكون هذا الاتفاق هو مصدر التزام المدين بتقديم الكفالة ،سواء تم الاتفاق قبل نشوء الدين في ذمة المدين أو بعد ذلك •

ويعد من قبيل الكفالة الاتفاقية سعي المدين من تلقاء نفسه الى الحصول على كفيل يضمنه ويقدمه من تلقاء نفسه ، دون أن يكون ملتزما بذلك للدائن حتى يحصل منه على ائتمان جديد أو يجدد الائتمان السابق ،ويمكن أن تنشأ الكفالة كذلك في حالة تقديم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين والتزامه بها في مواجهة دائن المكفول عليه حتى ولو لم يعلم بها هذا الأخير أو حتى رغم معارضته ، حيث يكون مصدر التزام الكفيل هنا هو الارادة المنفردة ، وهي مصدر ارادي يعتد به وتعتبر هاتين الحالتين من قبيل الكفالة الاتفاقية •

الكفالة القانونية :

تكون الكفالة قانونية اذا أوجب القانون على المدين تقديمها ،

أى أن المدين يلتزم بتقديمها خضوعا لنص القانون .

مثال ذلك نص القانون على أنه اذا تعرض أحد للمشترى مستندا الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى ، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر ، ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا (م ٤٥٧ مصرى) . أى أنه فى حالة حبس المشترى للثمن بسبب ما يقع له من تعرض فى المبيع ، يستطيع البائع أن يطالب بهذا الثمن اذا قدم للمشترى كفيلا لحقوقه قبله .

والنص على أنه اذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب جرده ، ولزم المنتفع تقديم كفالة به (م ٩٩٢ مصرى) ، أى أن صاحب حق الانتفاع المقرر على المنقول يلتزم بتقديم كفالة به ضمانا لرد المنقول بعد انتهاء حقه .

وينص قانون المرافعات على أن النفاذ المعجل واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة فى المواد التجارية سواء أكانت قابلة

للمعارضة أم للاستئناف أم طعن فيها بهاتين الطريقتين ،وذلك بشرط تقديم كفالة (م ٤٦٧ مصرى) ٠

الكفالة القضائية :

الكفالة القضائية هى التى يلتزم المدين بتقديمها بناء على حكم القاضى ، أى هى التى يأمر القاضى المدين بتقديمها فى الحالات التى تقتضى ذلك ٠ وعلى هذا يكون حكم المحكمة مصدر التزام المدين بتقديم الكفالة ٠

مثال ذلك نص المادة ١٠٠٥ يمنى على أن الكفالة تجب على من ثبت عليه اذا طلبها الدائن بشرط أن يكون الدين حالا والمدين غير معسر ٠ أى أنه يستطيع الدائن أن يطلب من القاضى الزام المدين بتقديم كفالة اذا كان غير معسر والدين حالا اذا خشى من اعساره مستقبلا ، وذلك اذا لم يختر الدائن مطالبة المدين بالوفاء بدينه الحال ٠

ومثال ذلك أيضا نص المادة ١٠٧٨ يمنى بأنه على الشريك الذى يرغب فى اللجوء الى القضاء أن يعلق قراره الى شركائه ٠٠

وتعرض القرارات المختلفة على القضاء ليأمر بما يراه مناسبا من بينها مع اعطاء كفالات للمخالفين تضمن حقوقهم ٠٠٠ " (م ٨٢٩ مصرى)

ويجيز قانون المرافعات للقاضى أن يأمر بالنفاذ المعجل ، بكفالة أو بدونها ، فى الحالات المبينة فى النص (م ٢٩٠ مصرى) ٠

وينبغى الاشارة الى أن الكفالة لا تعتبر قضائية الا اذا استندت فى مصدرها الى حكم القاضى ،أى كان الحكم بها من اطلاقات السلطة التقديرية للمحكمة ، أما ان كان صدور الحكم بالكفالة وجوبيا تطبيقا لنص فى القانون ،فان الكفالة تعتبر قانونية ولا تتغير طبيعتها لمجرد نطق القاضى بها ٠ بل ان القاضى اذا لم يلزم المدين بتقديم كفالة فى هذه الحالة ،يكون حكمه مخالفا للقانون ٠

وكذلك الحال اذا صدر الحكم بالكفالة اعمالا لاتفاق الطرفين فان الكفالة تعتبر اتفاقية وليست قضائية ٠

تضامن الكفلاء فى الكفالة القضائية أو القانونية :

ينص المشرع المصرى فى المادة ٧٩٥ على أنه فى الكفالة القضائية

أو القانونية يكون الكفلاء دائما متضامنين • مؤدى ذلك أن التضامن يقوم بين الكفلاء ، بناء على نص القانون ،بالنسبة لكل من الكفالة القضائية والكفالة القانونية ، وذلك فى جميع الحالات • أما فى حالة الكفالة الاتفاقية ، فان التضامن لا يقوم بين الكفلاء ،فى حالة تعددهم ،الا اذا اشترط ذلك صراحة فى الاتفاق ، لأن التضامن لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون •

وتكمن حكمة التشدد بالنسبة للكفلاء فى حالتى الكفالة القضائية والقانونية ،فى أن الدائن كان جديرا بالحماية فى الحالات التى يتدخل فيها كل من المشرع والقاضى لالزام المدين بتقديم كفالة • ورغبة من القانون فى تأكيد هذه الحماية وزيادة فعاليتها قرر التضامن بين الكفلاء فى هذه الحالات• ومن ثم يستطيع الدائن أن يرجع على أى من الكفلاء بكل الدين دون أن يستطيع أحدهم الدفع بضرورة الرجوع على الآخرين أو بأنه لا يتحمل من الدين الا بقدر حصته ، وبذلك يضمن الدائن الحصول على حقه كاملا من أى مدين ،ويتفادى بذلك خطر اعسار أو افلاس أحد المدينين •

وقد ثار الخلاف بين الفقهاء حول تفسير نطاق هذا التضامن

القانونى • فهل التضامن المقصود هو التضامن بين المديـــن والكفيل فقط ؟ أم أنه تضامن بين الكفلاء فى حالة تعدد هم؟

ذهب البعض الى أنه لما كان التضامن لا يفترض ، وانه ذو صفة استثنائية ، فانه لايجوز التوسع فى تفسير البند العقـــدى الذى يقرره ،أو النص التشريعى الذى يقضى به ،وعلى ذلك يجـــب الالتزام بالتفسير الضيق للنص وقصره على معنى واحد هو التضامن بين المدين والكفلاء ، وليس تضامنا بين الكفلاء بعضهم وبعـــض• وينتج عن ذلك أن الدائن لا يستطيع الرجوع على كل من الكفـــلاء عند تعددهم الا بقدر نصيبه فقط فى الدين المكفول ، أى أن الدين ينقسم بينهم وبين المدين كل بنسبة نصيبه •

ويذهب الرأى الغالب الى أن نية المشرع قد انصرفت الـــى العموم، ويتضح ذلك من عبارة النص : " يكون الكفلاء دائمـــا متضامنين " حيث استخدم المشرع لفظ الكفلاء بصيغة الجمع ،وتفيـــد " الف ولام " التعريف العموم والشمول ،كما أن اضافة كلمـــة " دائما " تدل على انصراف حكم النص الى جميع الحـــالات ، أى أن التضامن يكون بين الكفلاء أنفسهم فى حالة تعددهم ،وفيمـا بينهم وبين المدين • ويؤيد ذلك التفسير الأعمال التحضيرية للنص كما كان واردا فى المشروع التمهيدى للقانون المدنى •

المبحث الثانـــــى

أنواع الكفالـــــة بحسب طبيعتهـــــا

تنقسم الكفالة بحسب طبيعة العقد المبرم بين الكفيل والمكفول له الى كفالة مدنية وكفالة تجارية ، ويترتب على التمييز بين نوعـــى الكفالة نفس نتائج التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنيـة من حيث أحكام الاثبات والفائدة القانونية والاختصاص القضائــــى والأهلية الواجب توافرها فى الكفيل .

الطبيعة المدنية للكفالة :

القاعدة العامة هى أن الكفالة عقد مدنى لأنه من عقود التبرع وتقوم التجارة على الربح والمضاربة ولا تتفق مع صفة التبرع ، فالكفيـل متبرع ولا يحصل على مقابل ، وتتحدد صفة الكفالة على هذا الأســاس بغض النظر عن العلاقة بينه وبين المدين (المكفول عليه) الـذى لا يعد طرفا فى عقد الكفالة .

ويترتب على ذلك أن الكفالة تعتبر مدنية ولو كان الكفيل يضمن دين تجارى وليد علاقة تجارية بين المدين والدائن ، ولو كـــان

الكفيل لديه الأهلية التجارية ويقوم بممارسة نشاط تجارى طالما أن الكفالة تمت على سبيل التبرع .

الطبيعة التجارية للكفالة :

وتعتبر الكفالة عملا تجاريا فى عدة حالات استثنائية هى :

١ ــ طبقا لنص المادة ٧٧٩ مصرى : الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائما عملا تجاريا . يتناول النص فرضين :

الأول : الضمان الاحتياطى للورقة التجارية ، أى ضمان الالتزام الناشئ عن الورقة التجارية سواء الكتابة على نفس الورقة أو على ورقة مستقلة ، وهنا نكون بصدد كفالة للورقة التجارية ، وتعتبر دائما عملا تجاريا اذا وردت على كمبيالة .

وبالرغم من عموم النص على أن كفالة الأوراق التجارية تعتبر دائما عملا تجاريا ، الا أنه ينبغى التحفظ بصدد السند الاذنى ، فلا تعتبر الكفالة الواردة على هذا السند تجارية الا اذا كان السند نفسه تجاريا وهو يعتبر كذلك اذا تم تحريره بمناسبة عمل

تجارى ولو كان محرره غير تاجر ، أو اذا حرره تاجر سواء لعمل تجارى أو مدنى .

الثانى : تظهير الورقة التجارية على سبيل الضمان ، ومن المعروف أن تظهير الورقة التجارية يكون اما لنقل ملكيتها (تظهير ناقل) واما لتحصيل قيمتها (تظهير توكيلى) .وأما لرهنها (تظهير ضمان) . وتظهيرالورقة التجارية على سبيل الضمان يعد رهنا لها لضمان دين آخر ، أى أننا بصدد رهن لدين وهو صورة من صور الرهن الحيازى ،ولسنا بصدد كفالة ،ومن ثم فلم يكن المشرع بحاجة الى بحث الصفة التجارية لها ككفالة ،فهى ليست كفالة أصلا حتى توصف بأنها مدنية أو تجارية .

٢ ـ تعتبر الكفالة عملا تجاريا ، اعمالا لقواعد القانون التجارى ،اذا اتخذت شكل الالتزام الصرفى بالتوقيع على ورقة تجارية تطويرا أو ضمانا احتياطيا .

٣ ـ وتعتبر الكفالة عملا تجاريا اذا كان الكفيل تاجرا وأبرمها بقصد الربح ، أو لتحقيق مصلحة تجارية ، كما فى حالة كفالة المصرف لأحد عملائه فى مقابل عمولة .

٤ ــ وتعتبر الكفالة فى بعض الحالات عملا تجاريا تبعيا ، كما فى حالة كفالة التاجر لزميله بقصد تحقيق مصلحة تتعلق بتجارتــه هو ، كأن يحصل منه على مقابل نقدى أو عينى ، أو أن يكون تدخله لكفالته بهدف حماية ائتمانه والاحتفاظ به كعميل .

المبحث الثالث

أنواع الكفالة بحسب محلها

تنقسم الكفالة من حيث محلها الى كفالة شخصية وكفالة عينية وكفالة بدن ، وتنقسم الكفالة الشخصية الى كفالة بسيطة وكفالة تضامنية .

فالكفالة الشخصية أو التأمين الشخصي هي الكفالة العادية التي يلتزم فيها الكفيل بضمان الوفاء بالدين اذا لم يف به المدين . ويتحقق الضمان من خلال ضم ذمة الكفيل الى ذمة المدين فيستطيع الدائن أن يستوفي حقه من أموال المدين ومن أموال الكفيل اذا لم تكف أموال الأول . وترد الكفالة على الضمان العام للكفيل أي على كل أمواله دون تخصيص . ومن ثم يكون امام الدائن ضمان عام على أموال المدين وآخر على أموال الكفيل ، فالكفيل الشخصي تضمن ذمته المالية الوفاء بالتزام المدين .

أما الكفالة العينية ، فهي تأمين عيني حيث يقدم الكفيل مالا (عقار أو منقول) مملوكا له لضمان الوفاء بالتزام في ذمة شخص آخر . ويسمى الكفيل هنا بالكفيل العيني حيث يقوم برهن عقار

أو منقول يملكه لضمان الوفاء بالتزام المدين • وهو لا يضمن هذا الوفاء الا فى حدود المال الذى قدمه تأمينا له ، فالضمان لا يرد على كل ذمته المالية بل على مال محدد بالذات •

فالكفيل العينى لا يكون مسئولا شخصيا عن الدين أى لا يلتزم التزاما شخصيا بضمانه ، بل الذى يضمن الدين هو المال الذى قدمه رهنا سواء كان عقارا (رهن رسمى) أو منقولا (رهن حيازى) ومن ثم فان الكفالة العينية تندرج تحت التأمينات العينية ضمن عقد الرهن • وعلى هذا ستنصرف دراستنا الى الكفالة الشخصية بوصفها التطبيق النموذجى للتأمينات الشخصية •

ويترتب على التفرقة بين نوعى الكفالة ان ضمان الكفيل العينى للدين أو مسئوليته عن الوفاء به تنحصر فى حدود العين المرهونة لتأمين هذا الوفاء ، أما الكفيل الشخصى فيضمن الوفاء بالدين فى كل أمواله ، أى أن الضمان يرد على كافة العناصر الايجابية لذمته المالية •

وتتميز الكفالة العينية بوصفها تأمين عينى ، بأنها تجعل

الدائن فى مركز خاص ممتاز يجنبه خطر اعسار المدين والكفيل ،
حيث يكون له فضلا عن حقه فى الضمان العام على جميع أموال
مدينه ، سلطة تنصب على الشىء المقدم من الكفيل رهنا رسميا
أو حيازيا ، هذه السلطة تخوله تتبع الشىء فى أى يد كان لينفذ
عليه بالحجر ثم البيع ويستوفى ثمنه بالأولوية على الدائنين الآخرين .

" واذا تخلى الكفيل العينى عن العين المرهونة ، أو فقد
حيازتها بأى سبب ، فان كفالته العينية للدين تنتهى ، لأنه غير
ملتزم الا التزاما عينيا ، وهذا بخلاف الكفيل الشخصى . فانه يكون
ملتزما شخصيا بوفاء الدين اذا لم يوفه المدين ، وينتقل الالتزام
الشخصى فى تركته الى ورثته ، ويكون مسئولا فى جميع أمواله لا فى
مال معين بالذات ، ولكن لا يكون للدائن فى الكفالة الشخصية
الا الضمان العام لكل دائن فى أموال مدينه ، ولذلك يزاحمه
سائر دائنى الكفيل الشخصى ، ولا يتركز الدين فى عين معينة
بالذات يكون للدائن فيها حق التقدم وحق التتبع كما تتركز
الكفالة العينية " .

وينظم المشرع اليمنى الكفالة العينية بنصه على أنه يجوز أن

يقتصر ضمان الكفيل على الوفاء بالمكفول به من عين معينة بالذات (م ٩٩٩) • وتنص المادة ٩٩٩ على أن الكفالة العينية يقتصر وفاء الكفيل فيها بالحق المضمون من العين المكفول بها دون سواها ، فاذا بقى من الحق شىء فلا يرجع به المكفول له على سائر أموال الكفيل ، وانما يرجع به على أموال المكفول ، وتبرأ ذمة الكفيل عن الباقى •

الكفيل المتضامن :

الأصل ان يكون الكفالة بسيطة حيث يكون الكفيل غير متضامن مع المدين ومع كفلاء آخرين ،ويمكن أن تكون الكفالة على سبيل التضامن ، حيث يلتزم الكفيل بالوفاء بالدين بالتضامن مع المدين أو مع كفلاء آخرين •

والقاعدة أن التضامن لا يفترض ، فهو لا يقوم الا بناء على نص قانونى أو اتفاق صريح على ذلك أى يجب اشتراط التضامن فى عقد الكفالة أو فى عقد منفصل والا كنا بصدد كفالة بسيطة • ومن أمثلة النص على التضامن اعتبار المشرع كل من الكفالة القانونية

والكفالة القضائية كفالة تضامنية كما رأينا فى البحث السابق .

لا يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل العادى الا بعد الرجوع على المدين والتنفيذ على أمواله أولا ، اما اذا كان الكفيل متضامنا مع المدين ، فالدائن يكون مخير فى المطالبة ان شاء طالب المدين وان شاء طالب الكفيل ،ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر ، فبعد مطالبته أحدهما ، له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما معا .. فالكفيل المتضامن ليس له الحق فى الدفع بالتجريد ، أما الكفيل العادى فله ذلك الحق ومن ثم يستطيع التمسك بوجوب رجوع الدائن على المدين والتنفيذ على أمواله بداية .

والتضامن فى الكفالة قد يقتصر على الكفيل والمدين كما فى الصورة السابقة ، وقد يمتد ليشمل العلاقة بين الكفلاء أنفسهم فى حالة تعددهم ،أى يمكن أن يوجد أكثر من كفيل للمدين عن نفس الدين ،ويكونون متضامنين فيما بينهم ،ويجوز للدائن أن يطالب أيا من الكفلاء المتضامنين فيما بينهم بكل الدين ،وليس لأى منهم أن يطالب بتقسيم الدين عليهم جميعا . ويجوز أن يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومع المدين فى وقت واحد ، هنا يكون الخيار

أمام الدائن حيث يستطيع الرجوع على أى منهم كما يشاء بكل الدين .
الخلاصة أن كل من الدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم لا يقوم الا فى
حالة الكفالة البسيطة .

ويجدر التذكير بأن الكفيل المتضامن لا يصبح مدينا متضامنا
بل يظل محتفظا بصفته ككفيل ، ويخضع بالتالى لأحكام الكفالة
التى تختلف عن أحكام التضامن لأن الكفالة فى جوهرها عقد تابع ،
وعلى هذا فان تضامن الكفيل مع المدين لا يجعله مدينا أصليا ،
بل يبقى التزامه تبعيا . ويترتب على ذلك أن الكفيل المتضامن
وان كان يفقد الدفع بالتجريد والتقسيم ، الا أنه يستطيع التمسك
بكل ما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين ،
كالدفع ببطلان التزام المدين ، والدفع بانقضاء التزامه بسبب انقضاء
التزام المدين ، كما سنرى بعد ذلك .

والجدير بالذكر فى هذا الصدد أن المشرع اليمنى قد جعل
كل من المدين والكفيل على قدم المساواة ، وأعطى الدائن الحق
فى الرجوع على أيهما شاء ، فالمادة ١٠١٢ صريحة فى أن ذمة كل
منهما مشغولة بحقه فيحق له أن يطالب أيا منهما . ومن ثم يمكن

القول بأن القانون اليمنى يفترض التضامن بين الكفيل والمدين بشروط معينة سنراها فيما بعد ،الا أنه يمكننا أن نؤكد فى هذا الصدد أن هذا القانون لايعرف الكفالة البسيطة التى تعتبر الأصل العام فى القوانين المقارنة ٠

كفالة البدن :

وتسمى بكفالة الوجه أو الكفالة بالنفس حيث يتعهد الكفيل باحضار المكفول وهى نظام تعرفه الشريعة الاسلامية الى جانب الكفالة العادية والكفالة العينية ٠

ويكفى فى هذا الصدد الاشارة الى حكم المادة ٦٥١ من المجلة الذى يقنن أحكام هذه الكفالة أخذا عن حكم الشريعة الاسلامية :
" لو كفل احد بنفس على أن يحضره فى الوقت الفلانى ،وان لم يحضره فى الوقت المذكور فعليه أداء دينه ،فاذا لم يحضره فى الوقت المعين المذكور يلزمه أداء ذلك الدين ٠ واذا توفى الكفيل ، فان سلمت الورثة المكفول به الى الوقت ، أو سلم المكفول به نفسه من جهة الكفالة لايترتب على طرف الكفيل شئ من المال وان لم يسلم الورثة

المكفول به أو هو لم يسلم نفسه يلزم أداء المال من تركة الكفيل . ولو مات المكفول له ، طالبه وارثه . ولو احضر الكفيل المكفول به فى ذلك الوقت واختفى المكفول له أو تغيب ، راجع الكفيل الحاكم على أن ينصب وكيلا عوضا عنه ويستلمه".

ولا تعتبر الكفالة بالنفس كفالة حقيقية بالمعنى العادى ، لأن الكفيل بالنفس يلتزم التزاما أصليا بعمل معين هو احضار الشخص اما لسداد دينه يوم حلول الأجل ، واما للمثول أمام القضاء لأى أمر آخر .

وتطبيق هذه الصورة من الكفالة يعد أمرا نادرا فى العصر الحديث ، بسبب نظام التقاضى المعاصر الذى ينظم الضمانات القانونية لحضور الخصم أمام القضاء ، وامكان الحكم على المدين والتنفيذ على أمواله دون حاجة الى حضوره . أضف الى ذلك أن تعرض الكفيل للحبس بسبب تخلف المدين يحول دون اقبال أى شخص على هذا النوع من الكفالة ، لذا يفضل الفرد فى العادة أن يكون كفيلا بالمال حيث يكون مسئولا فقط عن سداد الدين فى حالة عدم وفاء المدين به .

كفالة البدن فى القانون اليمنى :

يعرف القانون اليمنى نوعى الكفالة ، كفالة المال وكفالة البدن (الوجه) التى تتمثل فى المطالبة باحضار خصم . وتخضع هذه الكفالة لنفس القواعد العامة التى سنعالجها بالنسبة لكفالة المال . لذا نقتصر هنا على ذكر الأحكام الخاصة التى أوردها المشرع فى هذا الصدد .

فاذا كانت الكفالة بالبدن حالة وثبت الحق المكفول به لزم الكفيل احضار المكفول والا أمره القاضى بتقديم ما يخلصه . ويرجع الكفيل بالمال الذى لزم المكفول بوجهه اذا أداه ولا يرجع بما غرم غير ذلك ، واذا رفض ما أمره به القاضى حبسه (م ١٠١٧) .

فاذا كانت كفالة البدن لثبوت حق وجب أن يكون هذا الحق ثابتا غير متنازع فيه ، واذا كان الحق ثابتا وحالا فان الكفيل يلتزم باحضار المدين ، ويستطيع الكفيل ، فى حالة عدم حضور المكفول ، أن يتخلص من الكفالة بتقديم ما يأمره به القاضى وغالبا ما يكون مقدار الدين ، واذا أدى الكفيل ذلك كان له أن يرجع به بعد ذلك على المدين ، ولا يرجع بما يكون قد أنفقه غير ذلك . من

مصروفات . واذا رفض الأداء ولم يحضر المدين ، أمر القاضي بحبسه
واذا أدى الكفيل الحق المكفول به بدون أمر القاضي كان متبرعـا
ولا رجوع له على المدين .

واذا تعذر تسليم المكفول عليه بالبدن لغيابه وجهل مكانـه ،
يخلى سبيل الكفيل وتعود الكفالة ان عاد المكفول عليه ،أو أمكـن
ايصاله (م ١٠٢٠) .

فاذا كان تسليم المكفول بوجهه مستحيلا أو متعذرا علـى
الكفيل لغيابه وخفاء مكانه أو جهله فلا يحبس الكفيل ،لأن الكفالـة
لا تلزم الا اذا كان المكفول به ممكنا شأن أي التزام آخر يكـون
متعاقدا عليه ،فاذا عاد المكفول عليه أو أمكن تسليمه عادت الكفالـة
لازمة للكفيل ويحبس اذا لم يف بالتزامه .

واذا كانت الكفالة بالبدن لضمان مال جاز تطبيق أحكـام
الكفالة بالمال المبينة في الفرع السابق للحصول على الحق ويغـني
ذلك عن طلب حبس الكفيل (م ١٠١٩) .

يقرر النص أن الكفالة بالبدن المقررة لضمان دين على المكفول

عليه تعتبر كفالة بالمال وتطبق عليه أحكامها ، وبالتالى يلتزم الكفيل بالوفاء بالدين ويغنى ذلك عن طلب حبسه ويستطيع الكفيل بعد ذلك الرجوع على المدين بما وفاه ٠

وللزوج أن يرد الكفالة بالبدن اذا صدرت من زوجته بغير اذنه (م ١٠١٢) ٠

يبين النص حكم كفالة المرأة بوجهها ، حيث تتعارض هذه الكفالة مع حقوق الزوج عليها ، بسبب تعرضها للحبس ، ومن ثم يلزم رضاؤه بها فان صدرت منها بغير اذنه كان له ردها ٠

واذا اختلف الكفيل والمكفول له على أن الكفالة بالمال أو بالبدن ، ولم يقم دليل أو قرينة على تعيين واحدة منها حملت على الكفالة بالمال ، ومن ادعى خلاف ذلك فعليه البينة (م ١٠٢١) ٠

أى أنه اذا اختلف الكفيل والمكفول له على الكفالة هل هى بالمال أم بالبدن ولم يقم دليل على أى منهما حملت على أنها كفالة بالمال ، ومن يدع خلاف ذلك عليه البينة ، لأن الغالب أن تكون الكفالة بالمال لا بالبدن ٠

وأخيرا فان كفالة البدن تسقط بموت الكفيل ، أو المكفول عليه أو بتسليم المكفول عليه نفسه حيث يمكن الاستيفاء منه ، وتسليم الغير له (م ١٠٣٠) ، وتسقط كذلك بنفس أسباب سقوط كفالة المال التى سنعرض لها فى دراستنا .

الباب الثانى

أركـان الكفالـة

الكفالة عقد يتم ابرامه طبقا للقواعد العامة فى ابرام كافـــة العقود ، وهى عقد تابع لالتزام أصلى تقوم لضمان الوفاء به ، ومن ثم فان نطاقها يتحدد بمقتضى هذا الالتزام المكفول ، وهى قبل كـل شىء تفترض وجود كفيل ٠

وعلى هذا ينقسم البحث فى هذا الباب الى أربعة فصـــول نخصصها على التوالى لكل من : الكفيل ، ابرام الكفالة ، الالـــتزام المكفول ، نطاق الكفالة أو نطاق التزام الكفيل ٠

الفصل الأول

الكفيـل

الكفالة أداة تأمين الدائن من خطر اعسار المدين ويتحقـــق ذلك من خلال ضم الذمة المالية للكفيل الى جانب ذمة المديـن ، لذا يجب أن تتوافر فى الكفيل شروط معينة لضمان جدية هـــذا التأمين ٠ فالمشرع يستلزم توافر هذه الشروط فى الكفيل الذى يلتزم

الكفيل بتقديمه حتى تتحقق الغاية من الكفالة باعتبارها تأمينا شخصيا للدائن . ويجب توافر هذه الشروط سواء كنا بصدد كفالة قانونية أو قضائية أو اتفاقية .

وتعبر المادة ٧٧٤ مصرى عن هذه الشروط بقولها : اذا التزم المدين بتقديم كفيل ،وجب أن يقدم شخصا موسرا ،ومقيما فى مصر ، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا كافيا " . فالنص يشترط شرطان : يسار الكفيل ،الاقامة بالوطن ، ويضيف الفقه شرطا ثالثا تقتضيه الكفالة كتصرف قانونى ألا وهو توافر أهلية ابرام العقد .

ولم ينص المشرع اليمنى على هذه الشروط ، الا أنها شروط منطقية تتفق والغاية من الكفالة كأداة تأمين ، ومن ثم يمكن للقاضى إن يعمل تلك الأحكام لاتفاقها مع المبادىء العامة .

١ ــ يسار الكفيل :

أن تحقيق الغاية المرجوة من الكفالة يستلزم أن يكون المدين موسرا ،فاذا كان الكفيل غير موسر فانه لن يصلح كتأمين لحق الدائن ويقصد بيسار المدين أن يكون لديه من الأموال ما يكفى للوفاء

بالالتزام ، أى أنه يجب أن يكون قادرا على الوفاء بالدين المكفول فى حالة عدم قيام المدين بالوفاء به . ويستوى أن تكون الأموال شائعة أو مفرزة عقارات أو منقولات كأسهم أو سندات أو مجوهرات الى غير ذلك ، ويستقل قاضى الموضوع بتقدير مدى يسار الكفيل من خلال الموازنة بين عناصر ذمته المالية السلبية والايجابية .

ويقع عبء اثبات يسار الكفيل على عاتق المدين الملتزم بتقديمه ، وذلك من خلال تقديم الدليل على وجود أموال تكفى لسداد الدين ، ولن تثور الحاجة الى هذا الاثبات الا عند منازعة الدائن فى يسار الكفيل ، ومن ثم فان على الدائن اثبات عكس ذلك ، كأن يثبت أن أموال المدين غير قابلة للحجز عليها أو متنازع فيها ، أو يصعب التنفيذ عليها لصعوبة الحصول عليها وامكانية تهريبها أو اخفائها ، أو أن هذه الأموال مثقلة بحق عينى كالرهن أو الانتفاع ، فى هذه الحالة يجب تقدير يسار الكفيل بعد استبعاد هذه الأموال أو انقاص قيمتها .

ولكن هل يشترط وجود أموال الكفيل بأرض الوطن ؟

يذهب البعض الا أنه يجب تقدير يسار الكفيل بالنظر الى

أمواله الموجودة داخل الاقليم حتى يمكن التنفيذ عليهـــا ، لأن الأموال الموجودة بالخارج تثير الكثير من الصعوبات المتعلقـــة بمسائل تنازع القوانين الأمر الذى يشكك فى قدرة الكفيل على تأمين الدين .

الا أننا نرى أنه لا يمكن القول باشتراط مثل هذا الشرط، فلا شك أن الأمر يختلف من حالة لأخرى حسب طبيعة المال وظروفه ، ومن ثم يجب ترك المسألة لتقدير المحكمة طبقا لملابسات كل حالـــة على حدة .

٢ ـ الاقامة فى الوطن :

يجب أن يكون الكفيل مقيما فى الاقليم الوطنى ، أى له موطـــن بالدولة ، ويمكن أن يكون الموطن عاما أو خاصا أو مختارا ، ولا يشترط فى الكفيل أن يكون وطنى الجنسية ، بل يمكن أن يكون أجنبيـــا ، ما دام مقيما بالوطن ، حتى يسهل مقاضاته عند اللزوم .

٣ ـ أهلية ابرام العقد :

الكفالة تصرف قانونى يجب توافر شروط انعقاده وصحته ، لذا

يجب توافر الأهلية بالنسبة للكفيل وقت ابرام عقد الكفالة • فكفالة ناقص الأهلية تكون قابلة للابطال من قبل الكفيل نفسه أو نائبه القانوني • وينص المشرع اليمنى صراحة على هذا الشرط فى المادة ١٠٠٢ حيث توجب أن يكون الكفيل أهلا للتبرع •

استبدال الكفيل :

اذا قدم المدين كفيلا موسرا ،ومقيما بالبلاد ، وتتوافر لديه أهلية ابرام العقد ، فانه يكون قد أوفى بالتزامه بتقديم كفيل • ولكن ما هو الحل اذا فقد الكفيل أحد هذه الشروط بعد ذلك ، كما لو فقد أهليته ،أو أصبح معسرا ، أو غير موطنه ؟

يذهب الرأى الغالب الى أن المدين يلتزم بتقديم كفيل آخر تتوافر فيه الشروط السابقة وذلك اذا طلب الدائن ذلك • أما اذا كان الكفيل قد تم اختياره بواسطة الدائن ،فان المدين لا يلتزم بتقديم شخص آخر يحل محله اذا فقد أحد الشروط الواجبة • ونفس الحكم اذا كان الكفيل قد التزم دون علم المدين •

" واذا أعسر الكفيل اعسارا جزئيا ، جاز للدائن أن يطالب

بكفالة أخرى تكمل كفالة الكفيل الأول . وتقديم كفيل آخر أو استكمال كفالة الكفيل الأول واجب أيضا فيما اذا اعتقد الدائن خطأ أن الكفيل ملىء ، ولم يكن هذا مليئا منذ البداية ، ولا يكون المدين ملزما بتقديم كفيل آخر اذا مات الكفيل الأول الذى قدمه لها لأن التزام هذا الأخير يبقى فى تركته " .

تقديم تأمين آخر بدل الكفالة :

يجيز القانون للمدين أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا (م ٧٧٤) ، سواء كنا بصدد كفالة قانونية أو قضائية أو اتفاقية ، فالتأمين العينى يحقق ضمانا أكثر للدائن فى استيفاء حقه ، وعلى هذا يكون المدين بالخيار بين تقديم كفيل أو تأمين عينى للدائن بشرط أن يكون هذا التأمين كافيا . واذا نازع الدائن فى كفاية التأمين العينى ، فان تقدير الأمر متروك لقاضى الموضوع .

وعلى هذا يستطيع المدين أن يقدم للدائن بدلا من الكفالة رهنا رسميا ، أو رهنا حيازيا على أى منقولات ذات قيمة . ويمكن أن يرد الرهن على قيم منقولة كالأوراق المالية .

كفيل الكفيل أو المصدق :

المصدق هو الشخص الذى يكفل الكفيل ،لذا فهو كفيل الكفيل ،والمصدق يكفل التزام الكفيل دون التزام المدين أى أنه يكفل الالتزام التابع وليس الالتزام الأصلي . يلتزم المصدق بوفاء التزام الكفيل وليس التزام المدين الأصلى ،وعلاقة المصدق بالكفيل هى نفس علاقة الكفيل بالمدين ،ومن ثم تخضع لنفس أحكام الكفالة ، ذلك أن التزام المصدق هو التزام تابع لالتزام الكفيل .

ويعتبر المصدق فى علاقته بالدائن كفيلا للكفيل ، وفى علاقته بالكفيل كما لو كان هذا الكفيل مدينا أصليا بالنسبة له ،ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل (م ٧٩٧ مصرى) ، فلا يجبر المصدق على الوفاء للدائن الا حيث يكون المدين الأصلى والكفيل المكفول معسرين ،ولا يرجع الدائن على المصدق الا اذا لم يمكنه الرجوع على الكفلاء والمدين الأصلى .

ويستطيع المصدق أن يطلب من الدائن أن يرجع أولا على المدين الأصلى ثم على الكفيل ،وذلك قبل الرجوع عليه هو ، وله كذلك الدفع بالتجريد ازاء المدين وازاء الكفيل ، فله أن يدفع

بتجريد المدين الأصلى ثم بتجريد الكفيل ، أى أن الدائن لا يستطيع التنفيذ على أموال المصدق قبل أن ينفذ على أموال المدين الأصلى أولا ثم على أموال الكفيل .

وليس للمصدق أن يطلب تقسيم الدين مع الكفيل لأنهما لا يكفلان دينا واحدا ، فالكفيل يكفل التزام المدين الأصلى ، أما المصدق فيكفل التزام الكفيل ، أما اذا كنا بصدد أكثر من مصدق لنفس الكفيل ، فان الدين ينقسم بينهم لأنهم يكفلون جميعا التزاما واحدا هو التزام الكفيل .

" ولكفيل الكفيل أن يتمسك بالدفوع التى يجوز للكفيل التمسك بها ، ومن هذه الدفوع دفوع خاصة بالكفيل ودفوع خاصة بالمدين الأصلى . ويجوز له أن يتمسك بالدفوع الخاصة به هو ، كبطلان عقد كفالة الكفيل أو قابليته للابطال وانقضاء التزام كفيل الكفيل بطريق أصلى. وله كذلك أن يتمسك بأن ينفذ الدائن على كفالة عينية قدمها المدين الأصلى ، كما يتمسك بذلك الكفيل المكفول . وله أن يستعمل حقوق الكفيل الذى كفله باسم هذا الكفيل ، كما يستعمل حقوق المدين فى الدعوى غير المباشرة "

ويختلف الحكم اذا كان المصدق متضامنا مع الكفيل ،فتنطبق عليه أحكام الكفيل المتضامن ،ومن ثم فليس له أن يطلب من الدائن الرجوع على المدين الأصلي أو على الكفيل أولا ، وليس له أن يدفع بالتجريد كذلك أى طلب التنفيذ على أموالهما في البداية .

واذا قام المصدق بالوفاء بالدين ،كان له الرجوع على الكفيل ، أو على المدين الأصلي ، أو عليهما معا مسئولين بالتضامن، ويكون رجوعه بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول .

وكفالة المصدق لا تفترض بل يجب الاتفاق عليها صراحة ، فاذا كفل المدين الأصلي كفيلان ،يسبق أحدهما الآخر في الكفالة ، فان ذلك لا يعني أن الكفيل المتأخر يكفل الكفيل المتقدم ، بل يكون كل منهما كفيلا للمدين الأصلي ،وتطبق القواعد الخاصة بتعدد الكفلاء .

الفصل الثانى

ابـــرام الكفالـــــة

الكفالة عقد يخضع للقواعد العامة فى ابرام العقود ، لـــذا سنكتفى فى هذا الصدد بالاحالة الى النظرية العامة للعقد ، مع الاشارة الى بعض الأحكام الخاصة التى يمكن أن تثور فى هـــذا المجال .

أطراف الكفالة :

الكفالة عقد ينعقد بالاتفاق بين الدائن والكفيل لضمان دين المدين ، الا أن المدين ليس طرفا فى هذا العقد ، لذا فانهـــا تنعقد بمجرد توافق ارادتى الدائن والكفيل ، دون حاجـــة الـــى تدخل المدين أو رضائه بل ويمكن ابرام الكفالة بغير علم المديـــن ، وتجوز أيضا رغم معارضته .

فتنص المادة ٧٧٥ (مصرى) على أنه تجوز كفالة المدين بغـير علمه ، وتجوز أيضا رغم معارضته ، وتنص المادة ١٠٠٣ يمنى على أنـــه يشترط فى المكفول عليه البلوغ والعقل ، ولا يشترط رضاؤه بالكفالة ،

وتنص المادة ١٠٠٦ على أنه تصح الكفالة من دون أمر ولو على ميت معسر . ومعنى ذلك أنه لا يشترط رضاء المكفول عليه بالكفالة ، لذا فهي تصح بدون أمر منه ولو كان ميتا معسرا ، فيكون الكفيل متبرعا كما حصل في كفالة أبي قتادة لمن مات وعليه ثلاث دنانير ، في حضرة الرسول الكريم . ولكن المشرع اليمني اشترط رضاء المدين في حالة الكفالة العينية ، بنصه في المادة ٩٦٤ على أنه لا يصح رهن مال النفس في دين على الغير الا باذن المدين أو اجازته .

ويتم عقد الكفالة في الغالب برضاء المدين بل وبناء على طلبه وتنفيذا لالتزامه بذلك في مواجهة الدائن ، الا أن الكفالة تنعقد في النهاية بين الكفيل والدائن فقط . ويمكن أن تكون هناك أكثر من كفيل للمدين ، والكفيل قد يكون عاديا وقد يكون متضامنا مع المدين ، بل ويمكن أن نوجد بصدد كفيل للكفيل أو ما يسمى بالمصدق كما رأينا من قبل .

وبالرغم من أن عقد الكفالة ينعقد بين طرفين هما الدائن والكفيل ، الا أنه يعتبر محصلة علاقات ثلاث تختلف كل علاقة عن الأخرى من حيث أطرافها وموضوعها .

فهناك علاقة الدائن والمدين • والتى تنشأ الكفالة كنتيجة لها أى لضمان وفاء المدين بدينه للدائن ،وهناك العلاقة بين الكفيل والدائن التى تتمثل فى عقد الكفالة ، هذا بالاضافة الى العلاقة بين المدين والكفيل ويحكمها الاتفاق المبرم بينهما ،وفى حالة عدم وجود هذا الاتفاق ، فان القانون هو الذى ينظم هذه العلاقة كما سنرى •

التعبير عن التراضى :

يلزم لانعقاد الكفالة توافر التراضى عليها بتطابق ارادتى الدائن والكفيل ، ونظرا لأن الكفيل هو الذى يلزم بعقد الكفالة ، فان رضاءه بها يعد جوهريا ،لذا ذهب جانب من الفقه الى أنه يجب أن يتم التعبير عن رضاء الكفيل بكفالة المدين صريحا ، أى أن الكفيل يجب أن يقبل كفالة المدين بصورة صريحة ، أما الدائن فيجوز أن يعبر عن ارادته بقبول الكفالة ، طبقا للقواعد العامة ، صراحة أو ضمنا •

ويذهب الرأى الغالب الى أن تعبير الكفيل عن رضائه بالكفالة يمكن أن يكون صريحا ، ويمكن أن يكون ضمنيا وذلك تطبيقا للقواعد

العامة التى تجيز أن التعبير عن الارادة بصورة صريحة أو بصورة ضمنية ، ما لم يكن هناك اتفاق أو نص قانونى يشترط التعبير الصريح ولم يشترط المشرع مثل هذا الشرط. واذا كان المشرع قد اشترط الكتابة لاثبات الكفالة ، فان ذلك ليس شرطا للانعقاد وليس دليلا على أن يكون رضاء الكفيل صريحا .

الا أنه من المتفق عليه أن ارادة الكفيل يجب أن تكون مؤكدة وواضحة ، أى أن ارادته فى ضمان المدين محققة ،وان يكون رضاؤه بالكفالة واضحا لا يثير مجالا للشك ، ولا يسهم بعد ذلك طريقة التعبير عن هذا الرضاء أو الألفاظ المستعملة فى ذلك .فلا يكفى مجرد توصية شخص للدائن بأن يثق بمدينه أو تحبيذ التعاقد معه حتى نعتبره كفيلا عنه .

واذا ثار الشك حول تفسير ارادة الكفيل فى الالتزام ، فان قاضى الموضوع يستقل بالكشف عن هذه الارادة طبقا للقواعد العامة فى تفسير العقود ، وينبغى فى هذا الصدد تفسير الشك فى مصلحة المدين أى الكفيل فى هذه الحالة .

والقانون اليمنى صريح فى أن الكفالة يمكن أن تنعقد بالتعبير

الصريح أو التعبير الضمني حيث تقرر المادة ٩٩٨ بأن الكفالة يمكن أن تتم بلفظها ونحوه .

الوعد بالكفالة :

يمكن أن يتم الوعد بالكفالة بين المدين والدائن ، ويمكن أن يتم بين الكفيل والدائن ، أو بين الكفيل والمدين .

" يتفق على الكفالة فى العادة ، بين الدائن والمدين ، ويتقدم الكفيل الى الدائن ، لتبرم الكفالة فى ذات الوقت مع العقد الأصلى بين الدائن والمدين .

ومع ذلك ، قد يبرم العقد الأصلى دون الكفالة ، اكتفاء بتعهد المدين فيه بتقديم كفيل . فيعتبر هذا التعهد وعدا بالكفالة ، ولكن هذا الوعد ليس فى الحقيقة ، وعدا بعقد ، يلزم الواعد خلال المدة المعينة فيه ، بابرام العقد اذا ما اراده الموعود له ، بل عقد قائم بذاته ، ينشىء ، فى ذمة المدين ، التزاما باتا بتنفيذه ، محله عمل معين ، يجب على المدين اداؤه بتقديم الكفيل المتفق عليه اذا كان قد عين ، أو بتقديم كفيل تتوافر فيه الشرائط التى أوجبها

القانون ، اذا لم يكن قد عين شخص بذاته للكفالة . واذا أخل المدين بتنفيذ التزامه ، حكم عليه بالتعويض ، فضلا عن سقوط أجل الدين " .

ويمكن أن الاتفاق بين الكفيل والدائن لا على عقد الكفالة ، بل على وعد بالكفالة ، حيث يلتزم شخص أمام الدائن بأن يكفل الدين الذى لم ينشأ بعد فى ذمة المدين ، فاذا قبل الدائن هذا الوعد ، فان الواعد يلتزم بكفالة الدين عند نشأته ، واذا رفض ، فان حكم القاضى يلزمه بذلك وتطبق عليه قواعد الكفالة ، ويذهب البعض الى القول بأننا بصدد كفالة ، وليس وعدا بها ، الا أنها معلقة على شرط واقف هو ابرام العقد الأصلى ونشوء الدين المكفول به فى ذمة المدين .

" وقد يقوم الوعد بالكفالة بين الكفيل والمدين ، فيعتبر هذا الوعد عقدا نهائيا ، لا وعدا بعقد ، ينشأ عنه . فى ذمة الواعد ، التزام بعمل ، ويرى الفقه ، فى هذا الوعد ، اشتراطا لمصلحة الدائن ، ولو لم يكن معروفا وقت ابرامه ، يخول لهذا الأخير أن يتمسك به قبل الواعد ، وأن يطالبه بتنفيذه " .

سلامة التراضى :

يجب لقيام الكفالة صحيحة ، أن يكون التراضى الصادر من العاقدين سليما ، خاليا من العيوب التى تفسده ، فيلزم ألا يكون رضاء أحدهما مشوبا بغلط أو تدليس أو اكراه أو استغلال ، وتسرى فى عيوب الرضاء فى الكفالة القواعد العامة .

فتكون الكفالة قابلة للابطال اذا وقع الكفيل فى غلط فى شخص المدين أو فى صفة من صفاته ، فهذا غلط جوهرى يدفع الكفيل الى قبول الكفالة ، ويترتب عليه تعيب ارادته . وكذلك الحال اذا وقع الكفيل فى غلط جوهرى فى خصوص الدين الذى يكفله .

وتكون الكفالة قابلة للابطال اذا تعرض الكفيل لحيل تدليسية تدفعه الى قبول الكفالة ، وسواء صدرت هذه الحيل من الدائن أو من المدين ، ومثال ذلك ، ايهام الكفيل بأن المدين ملبئ ، أو أن هناك ضمانات أخرى تضمن الدين ، ثم يتضح عدم صحة ذلك .

وكذلك الحال اذا أبرم الكفيل الكفالة تحت تأثير الاكراه أو الاستغلال .

أهلية ابرام الكفالة :

بالنسبة للدائن ، تعتبر الكفالة عملا نافعا نفعا محضا لأنها ، فى الأصل ، تكون بلا مقابل ،لذا لا يشترط فيه سوى أهلية الاغتناء أى مجرد التمييز ،اما أن كانت الكفالة بمقابل ،فيلزم أن تتوافـــــر للدائن الأهلية الكاملة ،حيث تصبح الكفالة تصرف يدور بين النفـع والضـرر .

أما بالنسبة للكفيل ،فالكفالة تعتبر عملا تبرعيا ،لذا وجـب أن يكون الكفيل كامل الأهلية ،فاذا كان ناقص أو عديم الأهليـة كانـت الكفالة باطلة أو قابلة للابطال بناءا على طلبه أو طلب نائبه القانونى وتقرر المادة ١٠٠٢ يمنى أنه يشترط فى الكفيل أن يكون أهـــــلا للتبرع . أى كامل للأهليـــة .

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفـل الغير متبرعا ، فاذا كفله كانت الكفالة باطلة ،كما لا يجوز للولـى أو الوصى أو القيم أن يعقد باسم القاصر أو المحجور عليه ،ولو بـاذن المحكمة عقد كفالة ، أى باعتباره كفيلا ،لأنه يمتنع التبرع بمال القاصر أو المحجور عليه ،ولو باذن المحكمة ،الا لواجب انسانى أو عائلى .

اثبات الكفالة :

الكفالة عقد رضائى ،تخضع لمبدأ الرضائية السائد فى ابـرام العقود ،لأن المشرع لم يستلزم شكلا معينا لانعقادها ، فهى تنعقد بمجرد توافق ارادتى الدائن والكفيل ،ويقرر القانون اليمنى صراحة على أن الكفالة تتم بلفظها ونحوه (م٩٦٨) ،ويجوز اثباتها بكافـة طرق الاثبات ،حيث لم يستلزم طريقة معينة لهذا الاثبات .

أما المشرع المصرى فقد اشترط صراحة الكتابة لاثبات عقـد الكفالة ،اذ تنص المادة ٧٧٣ على أنه لا تثبت الكفالة الا بالكتابـة ، ولو كان من الجائز اثبات الالتزام الأصلى بالبينة .

وتبرر المذكرة الايضاحية ذلك بقولها " انه يجب فيما يتعـلق بالكفالة الخروج على القواعد العامة فى الاثبات لأن التزام الكفيل هو أساسا من الالتزامات التبرعية ، فيجب أن يستند الى رضاء صريـح قاطع ،وقد يكون من العسير أو قد يستحيل أحيانا تعرف طبيعـة تدخل الكفيل ،وتحديد مدى التزامه ونوع كفالته من طريق شهـادة الشهود وحدها ، ولذلك قلما تتم الكفالة عملا بغير كتابة ،كما يندر أن يلجأ الدائن فى دعواه ضد الكفيل الى الاثبات بالبينة ، فلهذه

الأسباب قد قرر المشرع حماية للكفيل عدم جواز اثبات الكفالة الا بالكتابة .

وربما يعترض البعض على ذلك بأن الكفيل والتزامه ثابت بالكتابة ، سيضطر دائما الى الوفاء للدائن ،فى حين أنه فى رجوعه على المدين قد لا يستوفى منه شيئا لعجزه عن اثبات الالتزام الأصلى بشهادة الشهود على أن هذا الاعتراض غير جدى فى الواقع ، لأن الكفيل يستطيع تفادى ذلك أما عن طريق الترقيع بالضمان على سند الالتزام ذاته ، أو اشتراط وجود كتابة مثبتة للالتزام ،أو تعليق الكفالة على وجود هذه الكتابة ، وفى جميع هذه الحالات تكون الكتابة مثبتة للدين الأصلى ،ومثبتة أيضا للكفالة .

ويجمع الفقه على أن الكتابة شرط للاثبات وليست للانعقاد ، فالكفالة تظل عقدا رضائيا يرتب آثاره بمجرد توافر أركان انعقاده وشروط صحته ، ولو لم يكن مكتوبا . فاذا تخلفت الكتابة فان ذلك لا يؤثر على وجود العقد ،بل تثور الصعوبة فى اثباته ، فيجوز اثبات الكفالة ، عند تخلف الكتابة ، بما يقوم مقامها كالاقرار أو اليمين ، أو القرائن والبينة فى حالة وجود مبدأ ثبوت الكتابة ، أو مانع من

الحصول على كتابة ، أو فقد السند الكتابى بسبب أجنبى ، طبقا للقواعد العامة فى الاثبات .

ولعل السبب فى تشدد المشرع المصرى فى اثبات الكفالة بالكتابة هو خطورة التصرف وضرورة تنبيه الكفيل الى أهمية ما هو مقدم عليه حيث يصبح مسئولا عن الوفاء بالدين اذا لم يف بها المدين والاثبات بالكتابة ضرورى فيما بين الكفيل والدائن ، أما فيما بين الكفيل والمدين ، فلا تشترط الكتابة لأن المدين ليس طرفا فى عقد الكفالة ، فاذا أراد الكفيل الرجوع على المدين بعد الوفاء بالدين ، فان هذا الرجوع يخضع للقواعد العامة فى الاثبات .

ويجوز اثبات الكفالة بالبينة — على سبيل الاستثناء — فيما بين الدائن والكفيل فى الحالات التى يكون فيها التزام الكفيل تجاريا ، كما رأينا من قبل .

والكتابة لازمة لامكان الاحتجاج بها على الغير ، ويجب أن تكون الكتابة ثابتة التاريخ لاحداث هذا الأثر . مثال ذلك وفاء الكفيل للدين والحلول محل الدائن فى رهن رسمى مع وجود دائن مرتهن تال له فى المرتبة .

والكتابة ضرورية كذلك لاثبات الوعد بالكفالة لاتحاد العلة وعموم نص المادة ٧٧٣ ، وعلى هذا لا يجوز التمسك بالوعد بالكفالة الا اذا كان هذا الوعد ثابتا بالكتابة .

السبب في الكفالة :

يقرر المشرع اليمنى بأنه يلزم أن يكون في العقد نفع جائز شرعا لعاقديه (م ١٩١) ، واذا تبين من العقد أن محله أو قصد العاقدين منه حرام شرعا أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا ، وينفسخ العقد اذا تبين من العقد أن محله أو قصد العاقدين منه حرام شرعا أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا ، وينفسخ العقد اذا تبين أن قصد أحد العاقدين كذلك (م ١٩٢) .

فالقانون اليمنى بنى حكمه على موقف الشريعة الاسلامية القائم على رعاية مصالح الناس ، فما لا مصلحة فيه ولا نفع لغو ولا اعتداد به ومن ثم كان التعاقد عليه باطل . وقد يكون التعاقد في ظاهره سليما . ولكن المتعاقدين قصدوا من ورائه ما هو محرم شرعا أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة ، فان ذلك يبطل به العقد

أصلا .

ويقرر المشرع المصرى نفس الأحكام بقوله : اذا لم يكن للالتزام سبب ،أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا (م ١٣٦) . وكل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعا ،ما لم يقم الدليل على غير ذلك . ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك (م ١٣٧) .

وبتطبيق تلك الأحكام على عقد الكفالة ،يلزم أن يكون الهدف منها مشروعا ، فاذا كان الباعث الدافع الى ابرام الكفالة غير مشروع ، فانها تعتبر باطلة ،كمن يكفل خليلته ليحظى باستمرار معاشرتها له . ويكون سبب الكفالة غير مشروع كذلك اذا نشأت لضمان دين لا يقره القانون لعدم مشروعية مصدره ،مثال ذلك كفالة دين القمار أو صفقات المخدرات والأسلحة الممنوعة . وتكون الكفالة باطلة كذلك اذا كان الهدف منها حمل الدائن أو المدين على ارتكاب عمل غير مشروع ،وبصفة عامة تبطل الكفالة كلما كان القصد منها تشجيع تعامل مخالف للقانون . ويكمن أساس البطلان فى هذه الحالات ،فى عدم

مشروعية السبب أى الباعث الدافع الى الالتزام بالكفالة .

ويلزم للحكم ببطلان الكفالة اثبات عدم مشروعية السبب . فالأصل هو المشروعية ، وعلى من يدعى خلاف الثابت فى العقد وهو الظاهر اثبات ما يدعى ، ويستطيع أن يلجأ فى ذلك الى كافة طرق الاثبات .

وحرصا على استقرار التعامل فان المشرع يستلزم للحكم بالبطلان أن يكون الطرف الآخر المكفول له على علم بعدم مشروعية غاية الكفيل . أى يجب أن يكون الدائن عالما بالباعث غير المشروع لدى الكفيل وذلك حتى لا يكون البطلان مفاجأ له ويضر به كمتعاقد حسن النية ، وهذا ما يعبر عنه الفقه بأنه يشترط للحكم بالبطلان أن يكون السبب غير المشروع داخلا فى نطاق عقد الكفالة ، أى يكون الطرف الآخر على علم به أو على الأقل كان من السهل عليه أن يتبينه .

ويسهل تبين السبب غير المشروع اذا كان الباعث ظاهرا من تعبير المتصرف ، الصريح أو الضمنى ، ويمكن الكشف عن هذا الباعث من الظروف التى أحاطت بالكفالة وملابسات ابرامها .

الفصل الثالث

الالتزام المكفــــول

تقوم الكفالة لضمان الوفاء بالدين اذا لم يف به المديـــن ، ان محل التزام الكفيل يتمثل فى الوفاء بالالتزام الأصلى الواقع علـى عاتق الدين اذا تقاعس عن تنفيذه ، فالتزام الكفيل يعتبر التزامـا احتياطيا لالتزام المدين الأصلى ، ومن ثم فهو يتسم بالتبعية لهذا الالتزام . فلا يقوم التزام الكفيل الا بقيام الالتزام المكفول . ويترتب على الارتباط بين الالتزامين التبعية بينهما من حيث الوجـــود ، والصحة والانقضاء .

وبناء على ذلك فانه يجب أن يكون الالتزام المكفول موجـــودا و صحيحا .

ضرورة وجود الالتزام المكفول :

تفترض الكفالة قيام التزام أصلى لضمان الوفاء به ، فيجـــب أن يوجد التزام يضمنه الكفيل . ومن ثم لا تقوم الكفالة اذا لم يكن هناك التزام أصلى تتوافر فيه مقومات وجوده كالتزام قانونى .

ويستوى فى ذلك أن يكون مصدر هذا الالتزام العقد أو العمل غير المشروع أو الفعل النافع أو القانون . فيمكن كفالة الالتزام الناشئ عن عقد القرض أو الثمن المتفق عليه فى عقد البيع، وقد يكفل الشخص أداء مبلغ التعويض الذى يلتزم به المتسبب فى الضرر بخطئه . وقد يضمن الكفيل التزام الجار بتعويض جاره عن الأضرار غير المألوفة التى يسببها له .

ولا يهم نوع محل الالتزام المكفول ، فقد يتمثل فى مبلغ من النقود ، وهذا هو الغالب فى العمل ،كما فى حالة كفالة المقترض فى النقود التى يقترضها . وقد يتمثل محل الالتزام الأصلى فى اعطاء أو عمل أو امتناع عن عمل ،كما فى حالة كفالة التزام المقاول بعمل منشآت بصفات معينة وكفالة التزام البائع بتسليم الشئ المبيع ، وكفالة التزام التاجر بعدم منافسة تاجر آخر فى نفس المكان .

ويجب أن يكون محل الالتزام المكفول مستوفيا للشروط التى يلزم توافرها فى محل الالتزام بصفة عامة ،فيجب أن يكون موجودا أو قابلا للوجود ،ومعينا أو قابلا للتعيين ، وأن يكون مشروعا . وتخلف شرط من هذه الشروط يؤدى الى تخلف التزام المدين ،

وبالتالى تخلف محل التزام الكفيل .

ويعبر المشرع اليمنى عن هذه الشروط بقوله : يشترط في المحل المكفول به أن يكون مضمونا على المكفول عليه ، مقدورا بالتسليم فان كان عينا يشترط أن تكون مضمونة ، وان كان دينا يشترط أن يكون لازما " .

وتفسر المذكرة الايضاحية النص المذكور بقولها " انه يبين الشروط اللازم توافرها في المكفول به سواء كان عينا أم دينا أم حقا . فانه يشترط فيه أن يكون مضمونا على المكفول عليه ، فان كان غير مضمون على المكفول عليه فلا تصح الكفالة ، فلا يصح ضمان الوديع في الوديعة اذا تلفت بدون تعد أو تفريط منه . ويشترط أن يكون المكفول به مقدور التسليم لأنه اذا كان غير مقدور التسليم سقط الالتزام به .

ويشترط في العين التي يكفل بها أن تكون مضمونة بذاتها ، فلا تصح الكفالة في عين مضمونة بغيرها كالمبيع قبل تسليمه للمشترى فانه مضمون بالثمن ، ويشترط في الدين أن يكون لازما على المكفول عليه ، فان كان غير لازم ، كما في الموهوب قبل تسليمه وقبضه

فلا تصح به الكفالة " ٠

<u>كفالة الالتزام المستقبل :</u>

أجاز القانون اليمنى كفالة الالتزام المستقبل بنصه على أنه تصح الكفالة بما سيثبت مستقبلا ،وللكفيل الرجوع فيما سيثبت بالمعاملة قبل ثبوته ،واذا ثبت قبل الرجوع لزمت الكفالة (م١٠١١) ويتفق ذلك مع الفقه الاسلامى الذى يرى جواز كفالة الدين الاحتمالى المستقبل ،حيث أن الأصل جواز كفالة ما سيثبت فى الذمة ٠

ويجيز المشرع المصرى ذلك أيضا بنصه فى المادة ٧٧٨ على أنه تجوز الكفالة فى الدين المستقبل اذا حدد مقدما المبلغ المكفول ،كما تجوز كفالة الدين الشرطى ،على أنه اذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة للكفالة كان له فى أى وقت أن يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ ٠

واجازة كفالة الالتزام المستقبل يعد استجابة للحاجات العملية على الأخص فى عقود الحساب الجارى وفتح الاعتماد ٠ حيث تجوز كفالة فتح الاعتماد ، فمن يفتح اعتمادا فى مصرف ،يقدم كفيلا

ليضمن الوفاء بما يسحبه المدين من هذا الاعتماد المفتـــوح ٠ وكفالة الرصيد المدين فى الحساب الجارى ٠ وكذلك يستطيـــع التاجر أن يقدم كفيلا يضمنه فيما عسى أن يشتريه من تاجر الجملة ٠

وتعتبر كفالة الالتزام المستقبل استثناء من قاعدة وجـــوب ارتكاز الكفالة على التزام موجود عند انعقادها ٠ وهذا هو منطـــق القانون اليمنى حيث القاعدة العامة انه لا يصح أن يكون شيئـــا معدوما محلا للعقد ،الا ما استثنى النص عليه فى هذا القانـــون (م ١٨٦) ،وقد تم النص على جواز كفالة الالتزام المستقبل فى المادة ١٠١١ كاستثناء على هذا المبدأ ٠

والواقع أن كفالة الالتزام المستقبل هو التزام صحيح وبات لأن الالتزام المكفول وان لم يكن موجودا الا أنه قابل للوجود ، ويكـون محل التزام الكفيل شىء مستقبل تطبيقا للقواعد العامة التى تقرر جواز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ، فيجوز بيع الشىء المستقبـــل قبل وجوده ٠ ويجوز التعامل فى الأشياء المستقبلة ، وذلك باستثناء التركات المستقبلة ،حيث يبطل الالتزام فى تركة مستقبلة وتبطـــل تبعا له الكفالة ٠

ويترتب على ذلك أن كفالة الالتزام المستقبل تكون قائمة وصحيحة ، ويلتزم بها الكفيل بمجرد انعقادها ولو لم يوجد الدين المكفول بعد ، فاذا وجد الدين فان الكفيل يضمن الوفاء به .

ولكن كفالة الالتزام المستقبل مقيدة بقيدين :

الأول : وجوب تحديد المبلغ المكفول مقدما :

يثور التساؤل عما اذا كان من الضرورى تحديد الالتزام المكفول سواء بتعيين الحد الأقصى له ، أو بتعيين مقداره اذا كان مبلغا من المال .

لم يشترط المشرع اليمنى تحديد المبلغ المكفول مستقبلا أو ضرورة وضع حد أقصى له ، بل انه نص صراحة على أنه تصح الكفالة بالمال ولو كان مجهول القدر والقول للضامن فى القدر ويحلف (م ١٠١١) .

ويتفق مذهب القانون اليمنى مع اتجاه الفقه الاسلامى " الذى لا يشترط تحديد مقدار الدين المكفول مقدما ، وان كان الحنابلة يشترطون لصحة الكفالة فى هذه الحالة أن يتحقق العلم بمقدار

الدين فى المستقبل وهو أمر يتحقق فى الواقع لأن المطالبة بالدين (سواء وجهت للكفيل أو المدين) تفترض تحديد مقداره لأنه لا مطالبة بمجهول " .

ولكن المشرع المصرى يذهب مذهبا مغايرا ، حيث يشترط لانعقاد الكفالة تحديد مقدار الدين المكفول أو الحد الأقصى الذى يمكن أن يصل اليه ، والا كانت الكفالة باطلة ، والحكمة من استلزام ذلك الشرط هو وجوب حماية الكفيل حتى يكون على بينة من الدين الذى يكفله ، وكى لا يتورط فى كفالة دين لم يوجد ولا يعلم مقداره ، لا سيما وأنه يقبل الكفالة عادة على سبيل التبرع .

ويكفى أن يكون الدين المكفول محدد المقدار أو قابل للتحديد أو التعيين وذلك تطبيقا للقواعد العامة التى يكفى لقيام الالتزام وفقا لها ، ان يكون محله معينا أو قابلا للتعيين ، وعلى ذلك يجوز كفالة التعويض الذى يحكم به على المتسبب فى الضرر بفعله الخاطئ .

<u>الثانى:</u> امكانية رجوع الكفيل فى تعهده .

يقرر المشرع اليمنى أن كفالة الدين المستقبل لا تلزم الكفيل

الا بثبوت المكفول به عند المكفول عليه ، وقبل الثبوت لا تلزم فيكون للكفيل الرجوع فيها ، اما بعد الثبوت فتلزم الكفيل ولا رجوع له فيها. أى أن الكفيل يستطيع أن يرجع فى التزامه قبل ثبوت الدين المكفول ،حيث يمكنه العدول عن التزامه بكفالة الدين المستقبل طالما لم يثبت هذا الدين بعد ، وبشرط أن يخطر الدائن بهذا العدول حتى ينتج أثره ، اما بعد ثبوت الدين فيمتنع عليه العدول ، ويلتزم بكفالته.

أما بالنسبة للقانون المصرى فانه يلزم التمييز بين فرضين :

١ ـ تعيين مدة الكفالة : فاذا عين الكفيل مدة معينة يلتزم خلالها بكفالة الدين المستقبل ، فانه يظل مقيدا بالكفالة طوال هذه المدة ،فلا يجوز له أن يرجع فى الكفالة فى خلال المدة المحددة. فاذا وجد الدين وحل أجله ولم يوفه المدين ، فان الكفيل يلتزم بالوفاء به طالما كان ذلك خلال المدة المذكورة ،واذا نشأ جزء من الدين ، فان الكفيل يضمن هذا الجزء فقط وليس الحد الأقصى لمبلغ الكفالة ،لأن ضمانه يقتصر على ما ينشأ من الدين خلال مدة الكفالة بشرط ألا يزيد عن الحد الاقصى السابق تحديده .

واذا لم ينشأ شئ من الدين خلال المدة المعينة للكفالة فـــان ذمة الكفيل تبرأ نهائيا وتنقضى الكفالة ،هذا ما لم يتفق علـــى تجديدها ٠

٢ ــ عدم تعيين مدة للكفالة : فاذا لم يعين الكفيل مـــدة لقيام كفالته ، فان له الحق فى الرجوع عنها والتحلل من التزامه فى أى وقت ما دام الدين المكفول لم ينشأ ، اما بعد نشأة الدين فان الكفيل لا يستطيع الرجوع فى الكفالة وتصبح ملزمة له ٠ ويجب لكى ينتج الرجوع أثره علم الدائن به وذلك تطبيقا للقواعد العامة التى تقضى بأن التعبير لا ينتج أثره الا من الوقت الذى يصل فيه الى علـــم الدائن ٠

كفالة الالتزام الشرطى :

يجيز القانون اليمنى كفالة الالتزام المعلق على شرط أو المضاف الى أجل بنصه فى المادة ١٠٠٨ على أنه " تصح الكفالة معلقة عـلى شرط ولو بمجهول انتهاء ،وتصح مضافة الى أجل معلوم ابتـــداء ، فان كان الأجل مجهولا ابتداء بطل الأجل وبطلت الكفالـــة

وأصبحت حالة ، الا أن يتعلق الأجل المجهول ابتداء بغرض كمحصول التمر ونحوها فانه يصح مع الكفالة " .

فالكفالة تقبل الشرط والأجل ،وتصح بالشرط المجهول مطلقا ، أما بالنسبة للأجل فيلزم أن يكون معلوما ابتداء ،الا اذا تعلقت الجهالة بغرض يؤدى الى زوالها انتهاء كما اذا كفله بالدين عند حصوله الثمرة أو المحصول وما الى ذلك فاذا حصلت الثمرة أو المحصول انعقدت الكفالة .

ويجيز المشرع المصرى أيضا الكفالة فى الدين الشرطى ، ويمكن تطبيق القواعد العامة فى هذا الصدد ، حيث تكون الكفالة ، تطبيقا لفكرة التبعية ، معلقة على ذات الشرط المعلق عليه الالتزام الأصلى سواء كان شرطا فاسخا أو شرطا واقفا . أى أن مصير التزام الكفيل يرتبط بمصير الالتزام المكفول .

فاذا كان الدين المكفول معلق على شرط واقف ،فان التزام الكفيل يكون معلقا على ذات الشرط ، فاذا تحقق الشرط ، فان كل من الالتزام المكفول والتزام الكفيل يصبح نافذا وباتا . واذا كان الدين المكفول معلق على شرط فاسخ ،فان الكفالة تكون هى أيضا

معلقة على ذات الشرط ، فاذا تحقق هذا الشرط زال كل من التزام المدين والتزام الكفيل فى نفس الوقت بأثر رجعى ، أما اذا تخلف الشرط الفاسخ فان كل من الالتزامين يصبح باتا .

ويجوز كفالة الدين المضاف الى أجل ، فاذا كان الأجل واقفا ، فان الدين يصبح نافذا بحلول هذا الأجل ، وينفذ التزام الكفيل بالتبعية له فى ذات الوقت ، اما اذا كان الأجل فاسخا . فان الالتزام الأصلى ينقض بحلول الأجل ، وينقضى بالتبعية له التزام الكفيل .

كفالة الالتزام الطبيعى :

يعتبر الالتزام المدنى التزاما كاملا ، لأنه فى حالة تخلف المدين عن الوفاء به ، فان السلطة العامة تساعد الدائن على تنفيذه جبرا على المدين ، وهذا بعكس الحال فى الواجب الأدبى وقواعد المجاملات حيث لا يوجد أى الزام فى الوفاء بهم .

وبين الالتزام القانونى والواجب الخلقى توجد طائفة ثالثة من الالتزامات هى الالتزامات الطبيعية ، فالالتزام الطبيعى يعتبر التزاما

ولكنه ناقص لأنه لا يحميه جزاء ، أى لا يمكن تنفيذه جبرا على المدين ، بل يكون هذا الأخير حرا فى الوفاء أو عدم الوفاء به ، الا أنه متى تم تنفيذه ، لا يكون هذا التنفيذ تبرعا بل هو وفاء لأن الالتزام الطبيعى ، وان كان مجردا من عنصر الجبر ، الا أنه مع ذلك التزام قائم فى ذمة المدين .

فاذا كان الالتزام المدنى ينطوى على عنصرين : المديونية ، وهى الواجب القانونى الذى يفرض على المدين الوفاء به ، والمسئولية وهى اجبار المدين على الوفاء بواجبه ، فان الالتزام الطبيعى التزام ناقص لا ينطوى الا على عنصر المديونية دون عنصر المسئولية . ومن أمثلة الالتزام الطبيعى ، التزام الأب بتجهيز ابنته ، واذا انقضى الالتزام المدنى بالتقادم تخلف عنه فى ذمة المدين التزام طبيعى (م ٣٨٦ مصرى) —

يجمع الفقه على أنه لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة عينية أو شخصية . ذلك أن الكفالة التزام تابع ، فلا يجوز أن تكون أشد أو أفعل أثرا من الالتزام الاصلى ، فكفالة الالتزام الطبيعى لا تصح الا اذا اعترف به ، وألحق تفريعا على ذلك بالالتزامات المدنية .

وليس من المتصور كفالة الالتزام الطبيعي لأن هذا الالتزام غير ملزم للمدين به ، ومن شأن كفالته أن يؤدى ذلك الى اجبار المدين على الوفاء بالالتزام الطبيعي بطريق غير مباشر ، حيث يرجع الدائن على الكفيل لالزامه بالوفاء بالدين ، ويرجع الكفيل بعد ذلك على المدين الأصلى ، أى أن هذا الأخير يلتزم فى النهاية بالوفاء بالتزامه وهذا غير جائز .

ويمكن أن ينقلب التزام الكفيل من التزام مدنى الى التزام طبيعى ، كما لو انقضى التزام المدين بالتقادم . " ويتحقق ذلك أيضا فيما اذا كفل الكفيل ناقص الأهلية دون أن يكون عالما بنقص أهليته . فعند ذلك يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفوع التى يتمسك بها المدين الأصلى ، ومنها الدفع بنقص الأهلية ، فينقلب كل من التزام المكفول ناقص الأهلية والتزام الكفيل التزاما طبيعيا ، ولا يجبر أحد منهما على الوفاء بالتزامه ."

واذا تقدم الكفيل لضمان الوفاء بدين الغير وهو عالم بأن هذا الدين غير ملزم للمدين لأنه مجرد التزام طبيعى ، فانه يترتب على ذلك ان الكفيل يصبح ملتزما التزاما مدنيا أصليا بالدين

وليس التزاما تابعا ، ولا نكون بصدد كفالة في هذه الحالة .
ولا يستطيع الكفيل الرجوع على المدين الأصلي بما وفاه الا اذا كان
هذا المدين قد تعهد بذلك للكفيل صراحة أو ضمنا ، ومن شأن
هذا التعهد أن يحول الالتزام الطبيعي الى التزام مدني ، ونكون
بصدد كفالة بالمعنى الصحيح .

كفالة الالتزام الباطل أو القابل للابطال :

يكون الالتزام باطلا اذا نشأ بالمخالفة لقاعدة قانونية آمرة
تقرر عدم مشروعيته ، والبطلان هنا مطلق لأنه يتقرر كجزاء على تخلف
ركن من أركان التصرف كالشكل أو الرضا أو المحل أو السبب أو عدم
مشروعيتها . أما اذا تخلف شرط من شروط الصحة ، كما اذا كان
هناك عيب في الرضى (غلط أو تدليس . . .) أو نقص في أهلية
المتعاقدين ، فان العقد يكون قابلا للبطلان ، والبطلان هنا
نسبي .

والتصرف الباطل بطلانا مطلقا لا يرتب أية آثار حيث يولد
منعدما ، ويتمسك ببطلانه كل ذي مصلحة ، وتقضي به المحكمة من

تلقاء نفسها ، أما التصرف الباطل بطلانا نسبيا فيقوم ويرتب آثاره الى الى أن يقضى ببطلانه بناء على طلب من شرع البطلان لمصلحته فقط، فاذا ما قضى ببطلانه ، انسحب البطلان الى الماضي وزال ما رتبه من آثار (الأثر الرجعى للبطلان) ،وهنا يستوى البطلان المطلق والبطلان النسبى .

ويقرر كل من المشرع اليمنى والمشرع المصرى بطلان كفالة الالتزام الباطل فتبرأ ذمة الكفيل بدون أداء أو ابراء اذا بطل الحق المكفول به (م ١٠٢٥ يمنى) . لا تكون الكفالة صحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحا (م ٧٨٢ مصرى) . فالالتزام الباطل لا تجوز كفالته لأن الكفالة تتبع الالتزام المكفول تبعية كاملة من حيث الوجود والصحة والانقضاء . فاذا كان الالتزام المكفول باطلا بطلانا مطلقا ،فان الكفالة لصفة التبعية ، تكون باطلة مثله .

وتقضى أحكام الكفالة بأن الكفيل يستطيع التمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين ،ومن ذلك التمسك ببطلان الالتزام المكفول . وعلى هذا يستطيع الكفيل التمسك ببطلان هذا الالتزام شأنه شأن المدين به تماما ،ويترتب على ذلك بطلان الكفالة

بالتبعية له ٠

والأمثلة عديدة على بطلان كفالة الالتزام الباطل ، ككفالة دين القمار ، والفوائد الربوية ، والالتزام المعلق على شرط مستحيل أو غير مشروع ، والالتزام الناشئ عن التصرف فى تركة مستقبله ، والالتزام الناشئ عن اتفاق الاتجار فى مواد ممنوعة ، أو سلع تموينية بقصد احتكارها ٠

أما الالتزام القابل للابطال فيكون صحيحا منتجا لآثاره الى أن يتم التمسك ببطلانه ، لذا تجوز كفالته ابتداء ، وتتبعه الكفالة فى صحته وبطلانه ، فاذا قضى ببطلانه زالت الكفالة بالتبعية له ٠ وان بقى بقيت صحيحة وملزمة ٠

ويقتصر الحق فى طلب بطلان الدين المكفول على المدين به لأن البطلان هنا نسبى مقرر لمصلحته وهو الذى يعلم بسببه (نقص الأهلية أو تعيب الارادة) ويستطيع اثبات شروطه ٠ فاذا تمسك المدين بالبطلان ، فانه يترتب على بطلان الالتزام الأصلى بطلان التزام الكفيل ، واذا تنازل المدين عن طلب الابطال وأجاز التصرف فان صحة التزامه تتأكد ، وتتأكد صحة الكفالة بالتبعية ٠

فلا يجوز للكفيل أن يطلب ابطال الالتزام الأصلى اذا سكت المدين عن ذلك ، أو قام باجازة هذا الالتزام لأن الكفيل لا يستطيع الاستناد الى سبب خاص بالمدين لطلب الابطال فى الوقت الذى تنازل صاحب هذا الحق عن استعماله . وليس للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له بالوفاء بالدين تمسكا بقابلية التزامه للابطال كالتزام المدين الأصلى ، لأن مصير هذا الالتزام سيكون قد تحدد صحة أو بطلانا قبل الرجوع عليه ، فالدائن لابد وأن يرجع على المدين الأصلى أولا ، والمدين اما أن يتمسك بالبطلان فيبطل التزام الكفيل بالتبعية ، واما أن يجيز التصرف صراحة أو ضمنا ، هنا تتأكد صحة كل من التزامه والتزام الكفيل فى نفس الوقت .

تطبق تلك الاحكام فى حالة ما اذا كان الكفيل يعلم بسبب البطلان وقت انعقاد الكفالة ، أما اذا كان غير عالم بهذا السبب (عيب الارادة أو نقص الأهلية) ، فانه يستطيع طلب ابطال الكفالة استنادا الى تعيب ارادته هو بعيب الغلط ، حيث تدخل الكفالة التزام صحيح ثم اتضح له أنه قابل للابطال ، ويعد ذلك غلط جوهرى دافع الى التعاقد ، ولو كان يعلم ذلك ما كان أقدم على

قبول الكفالة .

وهناك فرض آخر يتم فيه ابرام الكفالة خصيصا بسبب قابلية الالتزام المكفول للابطال ، أى أن الكفيل لا يعلم فقط بسبب الابطال ، بل تدخل لضمان الالتزام قاصدا ذلك أى لضمان تنفيذ ، اذا لم ينفذ ، المدين ، أو اذا تمسك ببطلانه ، فى هذه الحالة يظل الكفيل ملتزما بصفته كفيلا طالما أن المدين لم يتمسك ببطلان الالتزام المكفول ، فاذا تمسك المدين بذلك أبطلت الكفالة تبعا لابطال الالتزام المكفول ، ولكن الكفيل يظل ملتزما ، ليس بوصفه كفيلا بالتزام تابع ، ولكن بوصفه مدينا أصليا لأن التزامه بالكفالة معلق على شرط واقف هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، فاذا تحقق الشرط ولم ينفذ المدين الأصلى الالتزام ، وجب على من تقدم بصفته كفيلا وقد أصبح مدينا أصليا بعد تحقق الشرط ، ان ينفذ هو هذا الالتزام .

كفالة التزام ناقص الأهلية

أورد المشرع المصرى تطبيقا خاصا للمبادىء السابقة المتعلقة

بكفالة الالتزام القابل للابطال ، هذا التطبيق يتمثل فى كفالة التزام ناقص الأهلية الباطل بطلانا نسبيا ،فتنص المادة ٧٧٧ على أن من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية كان ملزما بتنفيذ الالتزام اذا لم ينفذه المدين المكفول . وتضيف المادة ٧٨٢ بأنه اذا كان الوجه الذى يحتج به المدين هو نقص أهليته وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه .

قبل التعرض للأحكام التى أوردها القانون من خلال هذين النصين ،علينا بادئ ذى بدء تحديد نطاق تطبيقهما ،أى مجال أعمال تلك الأحكام .

<u>نطاق تطبيق النص</u> : يتحدد نطاق تطبيق النص بشرطين :

الأول : يجب أن نكون بصدد التزام قابل للابطال بسبب نقص أهلية المدين ، وليس بسبب آخر . ونقص الأهلية قد يكون بسبب صغر السن أو لسفه أو غفلة بعد تقرير الحجر ، أما اذا كنا بصدد عدم التمييز أو الجنون أو العته ، فان الأهلية تكون منعدمة

ويكون الالتزام باطل بطلانا مطلقا ولا يطبق النص .

الثانى : أن يتم ابرام الكفالة بسبب نقص الأهلية ، بمعنى أن الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين ويتقدم خصيصا لتأمين الدائن ضد خطر تمسك القاصر بالابطال ، فكل من الدائن والكفيل يعلمان بنقص الأهلية ومخاطر التعاقد مع القاصر ، لذا يتم ابرام عقد الكفالة لتغطية هذه المخاطر .

حكم النص : يفرق الفقه بين ثلاثة فروض لتوضيح حكم كفالة التزام ناقص الأهلية :

الأول : عدم علم الكفيل بنقص أهلية المدين بالالتزام بالمكفول ، لا شك أن المدين يستطيع طلب ابطال التزامه بسبب نقص أهليته ، فاذا حكم له بذلك انقضى التزامه ، وينقضى معه بالتبعية التزام الكفيل بأثر رجعى . أما اذا لم يتمسك المدين ببطلان التزامه ، فان الكفيل يستطيع أن يتمسك ببطلان التزامه هو أى ببطلان الكفالة لأنه أبرمها تحت تأثير الغلط الجوهرى ، أى أن ارادته كانت معيبة بعيب الغلط ، سواء فى صفة جوهرية من صفات المدين (نقص أهليته) أو فى صفة تتعلق بالالتزام المكفول ، فالغلط هنا

جوهرى يدفع الكفيل الى قبول الكفالة ، ومن يعد سببا لتعيب ارادته وبطلان رضائه بالكفالة .

وتمسك الكفيل ببطلان التزامه بالكفالة لعيب الغلط ليس من شأنه التأثير على الالتزام المكفول ، فهذا الالتزام لا يبطل لاستقلاله عن التزام الكفيل ، بل يظل قائما منتجا لآثاره طالما لم يتمسك القاصر أو نائبه القانونى ببطلانه بسبب نقص الأهلية .

الثانى : علم الكفيل بقابلية التزام المدين للابطال بسبب نقص أهليته ، هنا يتبع التزام الكفيل التزام المدين وجودا وانقضاءا ، فاذا تمسك المدين الأصلى بنقص أهليته وأبطل العقد مصدر الالتزام المكفول ، انقضى هذا الالتزام ، وينقضى معه بالتبعية التزام الكفيل ، فمناط ابطال التزام الكفيل هو ابطال التزام المدين الأصلى . فطالما لم يطلب المدين ابطال التزامه يظل التزام الكفيل قائما وملزما وليس بوسعه أن يطلب ابطاله أو التحلل منه .

واذا نزل المدين عن التمسك بنقص أهليته وأجاز العقد ، فان التزامه يتأكد ، ويتأكد بالتبعية له التزام الكفيل ، وليس من حق هذا الأخير أن يتمسك بالبطلان بسبب نقص أهلية المدين اعمالا

لصريح نص المادة ٧٨٢/ ٢ (مصرى) .

الثالث : أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ،وهذا هو الفرض الذى جاءت المادة ٧٧٧ لتقريره . فى هذا الفرض يعلم كل من الكفيل والدائن بنقص أهلية المدين وقابلية التصرف للبطلان بسبب ذلك ،وتنعقد الكفالة خصيصا لضمان الوفاء بدين المدين وتأمين الدائن من خطر التمسك بالبطلان ، أى أن الكفيل يتعهد قبل الدائن بتأمينه فى حالة تمسك المدين بطلب الابطال لنقص أهليته ،ولا يستطيع الكفيل بالتالى ان يتمسك بانقضاء التزامه بالتبعية لانقضاء التزام المدين المكفول لأن ارادة الطرفين قد اتجهت صراحة الى عكس ذلك ، أى الى ضمان المخاطر التى يتعرض لها الدائن من احتمال تمسك ناقص الأهلية ببطلان تصرفه والتحلل من التزامه نتيجة لذلك . أى أن التزام الكفيل يظل قائما وحده فى مواجهة الدائن بالدين بالرغم من انقضاء التزام المدين بالوفاء بهذا الدين ،فالكفيل يصبح هو الملتزم بالوفاء بالدين لا بوصفه كفيلا ، لأن الالتزام الأصلى الذى يكفله قد انقضى ،وانما بوصفه مدينا أصليا .

مؤدى ذلك ان الكفالة تبدأ ككفالة عادية وتظل كذلك طالما لم يتمسك المدين ببطلان الدين بسبب نقص الأهلية ،ويكون الكفيل ضامنا للدائن بالوفاء بهذا الدين باعتباره كفيلا لا باعتباره مدينا أصليا ،فالكفالة تكون فى هذه الفترة صحيحة وحقيقية وتسرى جميع أحكامها . أما اذا تمسك المدين بالبطلان ،فان الكفالة تنقضى ، ولكن الكفيل يظل ملتزما بصفة أصلية فى مواجهة الدائن بالوفاء بالدين ،ولكن على أى أساس يقوم هذا الالتزام؟

ذهب البعض الى القول بأن " الكفالة تفقد صفتها بمجرد بطلان الالتزام المكفول وتتحول الى عقد آخر هو تعهد شخص بوفاء دين يعادل الدين الباطل ، أى أن الكفالة تتحول الى تعهد منشئ لالتزام أصلى فى ذمة من تعهد ككفيل ، فنية طرفى العقد كانت تتجه الى هذا التعهد الشخصى لو علما وقت العقد ببطلان الكفالة " .

وذهب آخرون الى القول بأن الاتفاق بين الكفيل والدائن فى هذه الحالة ، يعتبر "عقدا مركبا يتضمن كفالة وتعهدا عن الغير ، يتعهد فيه الكفيل بألا يستعمل المدين حقه فى طلب الابطال ،

ويتعهد في الوقت نفسه بأن يقوم على سبيل التعويض بتنفيذ الالتزام الأصلي اذا أخل بتعهده عن الغير بأن طلب المدين الابطال وعلى ذلك فما بقي الالتزام الأصلي قائما ، يبقى الكفيل ملتزما بصفة تبعية باعتباره كفيلا . أما اذا طلب المدين الابطال وحكم له بذلك فزال الالتزام الأصلي بأثر رجعي ، زال التزام الكفيل تبعا لذلك بأثر رجعي ولكن يتحقق بذلك الاخلال بالتعهد عن الغير ، فيلتزم الكفيل المتعهد بتنفيذ الالتزام الأصلي على سبيل التعويض لأنه أخل بالتزامه الناشئ عن التعهد عن الغير ، ويكون التزامه هذا أصليا غير تابع لغيره " .

يذهب الرأي الراجح الى القول بأنه " اذا تمسك المدين الأصلي ناقص الأهلية بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلي ، كان الكفيل هو المدين الأصلي بموجب العقد الذي أبرمه مع الدائن ، وكان ملزما بتنفيذ الالتزام الأصلي لأن المدين الأصلي لم ينفذه ، وفي هذه الحالة لا يكون الكفيل كفيلا ، بل يكون مدينا أصليا ، وهو مدين بالالتزام الأصلي تحت شرط واقف وهو الا ينفذ المدين الأصلي هذا الالتزام فاذا تحقق الشرط ولم ينفذ المدين الأصلي الالتزام ، وجب على من تقدم بصفته كفيلا وقد أصبح مدينا أصليا بتحقق الشرط ان ينفذ هو هذا الالتزام .

--

الفصل الرابع

نطاق التزام الكفيل

يرتبط التزام الكفيل بالالتزام المكفول ، أى أن التزام الكفيل يتبع الالتزام الأصلى بالوفاء بالدين ، ويترتب على هذه التبعية نتيجتان :

الأولى : ان التزام الكفيل يرتبط بالالتزام المكفول فى وجوده وصحته وانقضائه ٠

الثانية : ان نطاق التزام الكفيل يتحدد بمقتضى الالتزام المكفول ، فنطاق الكفالة يتحدد بالتزام المدين الذى قامت لضمان الوفاء به ٠ ويتحدد التزام الكفيل من ناحية أخرى بعقد الكفالة الذى يعتبر مصدره ٠

ونعرض لنطاق التزام الكفيل على ضوء عقد الكفالة من جهة ، وطبقا لالتزام المدين من جهة أخرى ٠

المبحث الأول

نطاق التزام الكفيل يتحدد بعقد الكفالة

الكفالة اتفاق ارادى فى العلاقة بين الدائن والكفيل ، ومن ثم يتحدد نطاق التزام الكفيل بصفة أساسية على ضوء بنود هذا الاتفاق ، فعقد الكفالة هو المرجع لمعرفة حدود التزام الكفيل . ويجب توخى الحذر فى استنباط نطاق الكفالة من بنود العقد نظرا لطبيعته الخاصة بوصفه من العقود التى يقصد فيها الكفيل اسداء خدمة للمدين . ومن ثم ينبغى توخى التفسير الضيق فى هذا الشأن ، ويحتم ذلك التفسير كذلك كون الكفيل مدينا مما يوجب تفسير الشك لصالحه .

وقد يرد التزام الكفيل فى العقد من خلال عبارات عامة غير محددة ، وقد يرد هذا الالتزام فى صورة محددة محصورة النطاق ، وتسمى الكفالة فى الحالة الأولى بالكفالة المطلقة ، وفى الحالة الثانية بالكفالة المحددة .

الكفالة المطلقة :

تعتبر الكفالة مطلقة اذا وردت بصيغة عامة وبعبارات مجملة

غير محددة لحدود التزام الكفيل ونطاقه ،فى هذه الحالة يتحدد نطاق الكفالة على ضوء الدين المكفول ،ويسأل الكفيل مسئولية مطابقة لالتزام المدين فى مقداره وأوصافه • مثال ذلك الاتفاق على كفالة التزامات البائع فى عقد البيع ،أو التزامات المقاول فى عقد المقاولة أو التزامات المدين فى عقد القرض•

وقد نص المشرع المصرى فى هذا الصدد على أنه اذا لم يكن هناك اتفاق خاص ،فان الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى ،وما يستجد من المصروفات بعد اخطار الكفيل (م ٧٨١) ، يبين هذا النص ابعاد الكفالة المطلقة التى ترد بصيغة عامة ،أى أن حكمه يطبق فى حالة عدم وجود اتفاق خاص مخالف بين حدود التزام الكفيل على نحو مغاير • ويتضح من النص أن محل التزام الكفيل يتضمن العناصر الآتية :

١ ـ أصل الدين المكفول ، فالكفيل يكفل كل هذا الدين دون زيادة أو نقصان ، فالتزام الكفيل مماثل للدين المكفول فى مقداره وشروطه وأوصافه •

٢ ــ ملحقات الدين ، كفوائده الاتفاقية أو القانونيـــة ،
والتعويضات الناشئة عن اخلال المدين بالتزامه سواء بعدم التنفيذ
الكلى أو الجزئى أو التأخير فى هذا التنفيذ ، ويدخل فى ذلك أيضا
التعويضات التى يحكم بها على المدين حتى فى حالة فسخ العقــد.

وتطبيقا لما سبق فان كفالة البائع فى عقد البيع تشمل جميــع
التزاماته المتولدة عن هذا العقد والتعويضات التى يحكم بها عليه
لاخلاله بأحد هذه الالتزامات ، ونفس الشئ بالنسبة للمستأجــر
حيث تشمل الكفالة التزامه بدفع الأجرة ،والمحافظة على العيــن
المؤجرة ،والاستعمال المألوف لها ،وتسليمها فى نهاية المـــدة ،
وكافة التعويضات التى يحكم بها عليه بمقتضى هذا العقـــد ،
كالتعويض عن التلف أو الحريق .

ويمكن القول بصفة عامة أن الكفيل يضمن المسئولية العقديـــة
أى كافة الالتزامات التعاقدية ،والتعويض عنها ،ولا يضمن مسئولية
المدين التقصيرية الا اذا وجد شرط صريح يقضى بذلك . وتشمـل
كفالة الحساب الجارى كل بنوده ، لأنها لا تقبل التجزئة ، وتقــرر
محكمة النقض بأن كفالة عقد منح الاعتماد تضمن التزامات العميـل

الناشئة عن تنفيذ هذا العقد وحده ولا تمتد الى الالتزامات التى تنشأ فى ذمته قبل فتح الاعتماد أو بعده أو مخالفة لشروطه ،وتشمل الكفاية أيضا ملحقات هذا العقد كالسمسرة ومصروفاته كالأتعاب والتسجيل والتصديق الى غير ذلك ٠

٣ ــ المصروفات التى ينفقها الدائن فى سبيل المطالبة بالدين ، ويجب التفرقة بين نوعين من المصروفات ،مصروفات المطالبة الأولى ،ومصروفات الاجراءات اللاحقة ٠

فبالنسبة للنوع الأول من المصروفات يلتزم بها الكفيل لأنها خطوة أولية ضرورية للرجوع على الكفيل بعد ذلك ،وتشمل المصروفات السابقة على رفع الدعوى كالتنبيه على المدين بالوفاء ومصروفات رفع الدعوى عليه ٠

أما عن مصروفات الاجراءات اللاحقة للمطالبة الأولى فلا يضمنها الكفيل الا اذا كانت قد صرفت بعد اخطاره من قبل الدائن بأنه قد قام بمطالبة المدين ٠ فالدائن يلتزم باخطار الكفيل برجوعه على المدين ،حتى يفى بالدين الذى لم يف به صاحبه ، فاذا لم

يقم بذلك ، لم يكن هناك بد من السير في اجراءات الدعوى ، ويتحمل الكفيل كل هذه المصاريف لأنه كان من الممكن أن يتفاداها بوفائه بالدين . أما اذا كانت تلك المصاريف قد أنفقت دون اخطاره فانه لا يلتزم بدفعها ، ويقتصر التزامه على دفع مصروفات المطالبة الأولى .

الكفالة المحددة :

تكون الكفالة محددة اذا تضمن عقد الكفالة تحديدا واضحا لنطاق التزام الكفيل ، أى أن الأطراف أوردوا اتفاقا لرسم نطاق الكفالة بطريقة معينة ، ولم يتركوا ذلك التحديد عاما على ضوء التزام المدين المكفول . ومن ثم يتعين الالتزام بهذا الاتفاق . فيمكن أن يتم الاتفاق على أن الكفيل لا يضمن سوى أصل الدين دون الفوائد أو الملحقات أو المصاريف . ويجوز تحديد التزام الكفيل في عقد فتح الاعتماد بضمان حد أقصى معين لما يمكن أن يحصل عليه العميل ، ويجوز أن يقتصر الكفيل على ضمان التزام البائع بالتسليم أو التزام المستأجر بدفع الأجرة ولا يمتد الى باقي الالتزامات . وقد يحدد الكفيل التزامه بجزء من الدين أو بما

يفترضه المدين من مبالغ بعد الكفالة لا قبلها ٠

والأصل أن الكفالة تتحدد بشخص المدين المكفول ولا تتعداه الى غيره الا برضاء الكفيل ، فلا يسأل الكفيل عن الدين اذا استبدل المدين ، بالتجديد ، مدين آخر ، أو اذا تمت حوالة الدين الى مدين جديد ٠

وقد تتحدد الكفالة أيضا من حيث المدة فلا يجوز أن تتعدى الوقت المحدد لها ٠ فاذا قبل الكفيل كفالة الشخص لمدة معينة ، فان التزامه ينقضي بمجرد مضى هذه المدة ٠ وقد يتم الاتفاق على كفالة التي تنشأ خلال فترة زمنية معينة ، فان الكفالة تنقضي بمرور هذه الفترة ٠

وقد أورد المشرع المصرى تطبيقا لذلك في عقد الايجار ، فبالنسبة لكفالة المستأجر عن مدة الايجار ، تنتهي بانتهاء هذه المدة ، ولا تنتقل الى الايجار الجديد أى الى المدة التى يتجدد اليها الايجار ضمنيا ، الا اذا رضى الكفيل بذلك (م٥٩٩) ٠

وقد تتحدد الكفالة من حيث الأوصاف ، فقد يعلق الكفيل

التزامه على شرط واقف أو فاسخ . مثال ذلك تعليق الكفالة على شرط تقديم كفيل آخر معه لضمان نفس المدين . أو شرط وجود ضمانات أخرى للوفاء بالدين كرهن مثلا ، وقد يربط الكفيل كفالته بأجل معين كما لو اشترط انه لا يلتزم بالكفالة الا ابتداء من وقت معين ، أو يلتزم بالوفاء فى أجل محدد ، هنا لا تجوز مطالبته بالدين المكفول قبل حلول هذا الأجل . وأخيرا فانه قد يشترط أن وفاءه بالدين لن يتم الا بصورة مجزأة (على هيئة أقساط مثلا) .

ويلاحظ أن الأوصاف السابقة التى تلحق بالتزام الكفيل تقتصر عليه فقط ، ولا شأن بالدين الأصلى الذى قد يكون خاليا منها ، ولا يستفيد منها المدين الأصلى ، الذى قد يكون ملتزما بالوفاء بالدين جملة وليس فى صورة أقساط . فالكفيل يستفيد من أوصاف التزام المدين بسبب تبعية التزامه له ، والعكس غير صحيح .

وأخيرا فانه يجدر التنويه فى هذا الصدد الى ضرورة التحفظ فى تحديد نطاق التزام الكفيل من خلال بنود عقد الكفالة بسبب طبيعته كعمل تبرعى ، مما يستوجب التفسير الضيق لمصلحة الكفيل ، وحمل الشك فى عبارات الاتفاق لصالحه بوصفه المدين فى الالتزام .

لذا يتجه الفقه والقضاء الى التضييق فى تحديد مدلـــــول الاتفاق اذا تعلق الأمر بزيادة التزامات الكفيل ، والى التوسع فـــى تحديد مضمون ارادته اذا كان من شأنها التيسير عليه سواء فيمـــا يتعلق بوجود الالتزام أو أوصافه ونطاقه أو انقضائه .

المبحث الثانى

نطاق التزام الكفيل يتحدد بالالتزام الأصلى

تقوم الكفالة لضمان الوفاء بالتزام أصلى ، والتزام الكفيل يعتبر تابعا لالتزام المدين ، ومن ثم فان نطاق التزام الكفيل يرتبط بنطاق الالتزام المكفول الذى ينبغى أن يكون محددا فى موضوعه ومقداره ، فالكفيل ينبغى أن يلم بطبيعة الالتزام المراد كفالته سواء تمثل فى عمل معين (كالتزام المقاول) أو تمثل فى مبلغ من النقود معروف المقدار .

وليس من الضرورى أن يكون الالتزام المكفول محددا تحديدا دقيقا عند ابرام الكفالة ، بل يكفى أن يتضمن الاتفاق الأسس اللازمة لهذا التحديد ، فمحل الالتزام لا يشترط فيه أن يكون معينا ، بل يكفى أن يكون قابلا للتعيين ، مثال ذلك كفالة القروض التى يقترضها المدين فى مدة زمنية معينة وبحد أقصى معين ، أو ضمان سداد ما يشتريه التاجر من المصنع من بضائع معينة .

ويتحدد التزام الكفيل ليس فقط بموضوع ومقدار الالتزام المكفول بل بأوصافه كذلك . فالأول يتبع الثانى ويأخذ حكمه اذا كان

صحيحا أو باطلا ، منجزا أو معلقا على شرط أو مقترنا بأجل ، واجب الوفاء جملة أو أقساطا ، بفوائد أو بدون فوائد .

ويجيز المشرع اليمنى الكفالة بالمال (أى كفالة الدين) ولو كان مجهول المقدار ، ويتم تحديده عند الاختلاف طبقا لقول الكفيل ويحلف على ذلك بالقطع (م ١٠٠٩) .

أما القانون المصرى فقد وضع أسسا لطريقة تحديد التزام الكفيل على ضوء الالتزام المكفول بقوله " لا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول . ولكن تجوز الكفالة فى مبلغ أقل وبشروط أهون (م ٧٨٠) " .

وهذه الأسس جميعا ليست سوى تطبيق لمبدأ أن الكفالة عقد تابع ، فلا يلتزم الكفيل بما يجاوز التزام الأصيل حتى يضمن بذلك حقه فى الرجوع بكل ما دفعه على المدين . ويمكن اجمال تلك الأسس فيما يلى :

١ ــ لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول :

فلا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين

ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول ، فالتزام الكفيل يتحدد بقدر التزام المدين ونوعه وأوصافه ، ولا يمكن أن يتجاوزه ، فاذا أبرمت الكفالة بمبلغ أكبر أو بشروط أشد ، فانها لا تكون صحيحة الا فى حدود الالتزام الأصلى .

فلا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ، فاذا كان المطلوب من المدين الفا ، لم تجز كفالته فى ألف ومائة ، ولا يلتزم الكفيل بدفع فوائد اذا كان الدين غير منتج لها ، أو فوائد مركبة اذا كان الدين لا ينتج سوى فوائد بسيطة ولو كان ذلك فى مقابل اعطاء أجل أطول للكفيل .

ولا يجوز أن يتجاوز التزام الكفيل الالتزام الأصلى فى وصفه ، فلا يمكن أن يكون التزام الكفيل باتا بينما التزام المدين معلقا على شرط ، ولا أن يكون منجزا اذا كان التزام المدين مضافا الى أجل ، أو أن يكون مضافا الى أجل أقرب من أجل الالتزام المكفول . ولا يجوز أن يكون التزام الكفيل مدينا بينما يكون التزام المدين طبيعيا .

ولا يجوز أن يتجاوز التزام الكفيل التزام المدين فى طريقة

الوفاء به ، فلا يمكن أن يلتزم الكفيل بالوفاء بالدين في مكان أبعد من المكان المتفق عليه مع المدين ،ولا أن يكون التزام الكفيل بالوفاء بالدين جملة اذا كان المدين يلتزم بالوفاء به مقسطا .

واذا تجاوز التزام الكفيل الدين المكفول ،أو كان بشروط أشد ،فان الكفالة لا تكون باطلة ،ولكن يتم انقاصها الى حدود الالتزام الاصلى ، أى أنه يتم رد التزام الكفيل الى التزام المدين وذلك اعمالا لمبدأ التبعية المقرر بين الالتزامين . ويترتب على ذلك انقاص التزام الكفيل الزائد الى نفس قدر مبلغ المدين ،واعطائه نفس أوصاف التزام المدين من حيث الفوائد أو طريقة الوفاء .

٢ ـ يجوز أن يكون التزام الكفيل أهون من الالتزام المكفول :

يجوز أن تنعقد الكفالة بشروط أهون وبمبلغ أقل من الالتزام المكفول ، وهذا ما يسمى بالكفالة المحددة ، فقد تقتصر الكفالة على جزء من الدين أو على أصل الدين دون فوائده أو ملحقاته .

ويجوز أن تكون الكفالة أهون من حيث الأوصاف وطريقة الوفاء، كالتزام الكفيل بالوفاء بالدين فى أجل أبعد من موعد حلوله ، أو

أن يكون معلقا على شروط خاصة كوجود تأمين عينى لضمان الدين المكفول أو وجود كفيل آخر معين ، ويجوز أن تحدد الكفالة بمدة معينة لا تتجاوزها أو تأقيتها بحياة الكفيل دون أن تتعلق بتركته ، ويجوز أن يشترط وفاء الكفيل بالدين فى موطنه وليس فى موطن المدين أو أن يكون الوفاء مقسطا لا جملة كما يلتزم المدين .

٣ - يستفيد الكفيل من كل تغيير طارئ فى الالتزام الأصلى :

يستفيد الكفيل تلقائيا من كل تغيير طارئ فى التزام المدين يكون فيه مصلحة له ،فاذا تم تخفيف الالتزام المكفول من خلال تنازل الدائن عن جزء منه أو باطالة أجل الوفاء به أو تم تقسيط الوفاء به ،فان الكفيل يستفيد من ذلك ويخف التزامه بالتبعية ،وكذلك الحال اذا تم اعفاء المدين من الفوائد أو انقاص سعرها ، فيستطيع الكفيل أن يتمسك بكل ذلك فى مواجهة الدائن .

وعلى العكس من ذلك اذا كان التغيير فى التزام المدين الى الأسوأ ، فان ذلك لا يؤثر فى مركز الكفيل حيث يبقى التزامه على ما هو عليه ، طبقا لما هو وارد فى عقد الكفالة ،فاذا اتفق الدائن والمدين على زيادة سعر الفائدة ، فان هذا الاتفاق لا يسرى فى

حق الكفيل ويظل ملتزما بسعر الفائدة المحدود وقت الكفالة .

ويعبر المشرع اليمنى عن تلك الأحكام فى أكثر من موضع ، فتنص المادة ١٠١٤ على أنه اذا أجل المكفول له المدين تأجل الكفيل بأجله . وتنص المادة ١٠٢٧ على أنه اذا أبرأ المكفول له الكفيل وحده من الحق فلا تبرأ ذمة المكفول عليه منه ، أما اذا أبرأ المكفول عليه من الحق فتبرأ ذمة الكفيل منه ، ويأخذ حكم الابراء كل تمليك للحق بأى سبب من أسباب التمليك . وتنص المادة ١٠٢٨ على أنه اذا صالح المكفول عليه أو الكفيل المكفول له عن الكفالة ببعض الحق برئت ذمة الكفيل من الباقى ولا تبرأ ذمة المكفول عليه منه ، ويكون للمكفول له مطالبة المكفول عليه وحده بالباقى .

تعبر تلك النصوص عن ارتباط التزام الكفيل بالالتزام المكفول وتبعيته له فى وجوده وأوصافه وانقضائه . ويستفيد الكفيل من كل تغيير طارئ فى التزام المدين اذا كان ذلك لمصلحته سواء تعلق الأمر بمقدار الدين أو بانقضائه وأوصافه وطريقة الوفاء به .

الباب الثالث

آثار الكفالة

تتم الكفالة باتفاق بين الكفيل والدائن ،ويكون للدائن بعد ابرام الكفالة مطالبة الكفيل بالدين اذا لم يف به المدين ،واذا قام الكفيل بالوفاء بالدين ،فانه يرجع المدين بوصفه الملتزم الأصلى بهذا الدين ٠

وعلى هذا يترتب على الكفالة نشوء علاقة بين طرفيها الدائن والكفيل ، ثم تنشأ علاقة أخرى بين الكفيل والمدين ٠ ونعرض لهاتين العلاقتين فى الفصلين التاليين ٠

الفصل الأول

العلاقة بين الكفيل والدائن

ان علاقة الكفيل بالدائن لها وجهان ،الوجه الأول يتمثل فى مطالبة الدائن للكفيل بالدين فى حالة عدم وفاء المدين به ،والوجه الثانى يتمثل فى الحقوق التى يتمسك بها الكفيل فى مواجهة الدائن ويعبر عنها بالدفوع التى يدفع بها الكفيل مطالبة الدائن له . ونتناول كل وجه منها فى مبحث مستقل .

المبحث الأول

مطالبة الدائن للكفيل

مطالبة الكفيل عند حلول أجل الكفالة :

يستطيع الدائن أن يرجع على الكفيل لمطالبته بالدين اذا لم يقم المدين بالوفاء به ، الا أن الزام الكفيل بالوفاء يقتضى الحصول على سند واجب التنفيذ عليه . فاذا أراد الدائن الحصول على حقه من الكفيل واقتضاء هذا الحق جبرا ،كان عليه أن يطالبه مطالبة قضائية حتى يحصل على سند تنفيذى فى مواجهته ، يستطيع بمقتضاه التنفيذ الجبرى على أمواله . ولا يكفى لهذا الاقتضاء الجبرى حصول الدائن على سند تنفيذى فى مواجهة المدين لأنه رغم تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين ، الا أن كلا من المدين والكفيل شخص مختلف ،ويستقل التزام كل منهما عن الآخر فى

خصوص التنفيذ ٠

والقاعدة أن مطالبة الدائن للكفيل لا تجوز الا عند حلول أجل الكفالة ،وغالبا ما يكون أجل التزام الكفيل هو نفس أجل الالتزام المكفول ،الا أنه قد يحدث أن يختلف الأجلان بالاتفاق أو بناء على واقعة أخرى تؤدى الى سقوط أجل التزام المدين ٠

١ ـ اختلاف أجل الكفالة عن أجل الالتزام المكفول :

اذا كان أجل التزام الكفيل مختلف عن أجل الالتزام المكفول ، فان الأجل الممنوح للكفيل قد يحل بعد الأجل الممنوح للمدين وقد يحل قبله ٠

فاذا حل التزام الأصيل قبل حلول أجل التزام الكفيل ، فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل حلول الأجل المحدد لالتزامه ، لأن التزام الكفيل يمكن أن يكون أخف عبئا من الالتزام الأصلي ،وللكفيل أن يستفيد من الأجل الممنوح له ٠

واذا حل التزام الكفيل قبل حلول التزام الأصيل ،فان أجل التزام الكفيل يمتد حتى يصبح مساويا لنفس أجل التزام الأصيل ، ولا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل قبل حلول أجل الدين الأصلي وذلك لأن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبئا من الالتزام

الأصيل ، ويتحقق هذا الفرض غالبا فى حالة ما اذا تم تحديد أجل واحد لكل من الالتزامين ،ولكن الالتزام قد مد أجله بالاتفاق أو بحكم القاضى .

٢ ـ الاتفاق على تعديل أجل الالتزام الأصيل :

القاعدة العامة أن كل اتفاق بين الدائن والمدين على تعديل أجل الالتزام الأصلى ،يستفيد منه الكفيل ولكن لا يضار منه ،فاذا تم مد أجل الالتزام الأصلى ،فان الكفيل يستفيد من هذه المهلة سواء كان مصدرها الاتفاق أو القاضى ، ولا تجوز مطالبته قبل حلول الأجل الجديد .

واذا اتفق على تعجيل أجل التزام المدين ،فان الكفيل لا يضار من هذا الاتفاق ولا تجوز مطالبته الا عند حلول أجل الكفالة أى موعد التزامه هو ، أو عند حلول الأجل القديم لالتزام المدين ، اذا كان التزام الكفيل ليس له أجل معين . والسبب فى ذلك هو الرغبة فى حماية الكفيل ، ولا ينبغى أن التزام الكفيل أشد من التزام المدين . هذا وينبغى ملاحظة أن الكفيل قد تكون له مصلحة فى الوفاء بالدين فورا دون انتظار الأجل الخاص به ،وذلك

حتى يسرع فى الرجوع على المدين الذى قد يخشى اعساره .

وينص المشرع اليمنى فى هذا الصدد على أنه : اذا أجل المكفول له المدين تأجل الكفيل بأجله اذا كان المدين معسرا ، أو كان موسرا ورضى الكفيل بالأجل صراحة ، أو بما يدل على رضاه به عرفا ، أما اذا لم يرض الكفيل فان بقى المكفول له على ضمانه سقط الأجل ، وان بقى على أجله للمدين سقط الضمان عن الكفيل (م ١٠١٤) .

يفرق النص بين المدين المعسر والمدين الموسر :

اذا كان المدين معسرا وأجل الدائن موعد سداد الدين ، فان الكفيل يستفيد من ذلك ، أى أن أجل التزامه يمتد مع الأجل الجديد للمدين ، ويكون ذلك بقوة القانون ولا يتوقف على رضائه .

أما اذا كان المدين موسرا ، فان أجل الكفالة لا يمتد الى الأجل الجديد الممنوح للمدين ، الا برضاء الكفيل صراحة أو ضمنا . فاذا وافق ، فان أجل التزامه يحل مع الأجل الجديد للمدين

الأصلى ،أما اذا رفض ذلك ، فان الدائن ملزم بقبول الوفاء من الكفيل عند حلول الأجل الأول ، والا فان الكفالة تسقط ، أى أن التزام الكفيل يسقط بحكم القانون . ويصعب من الناحية العملية قيام مثل هذا الفرض حيث لا يتصور أن يرفض الدائن الوفاء المبكر من الكفيل ،اللهم الا اذا كان الدين منتجا لفوائد ، ويرغب في تأجيل السداد للحصول على قدر أكبر من هذه الفوائد .

٣ ـ سقوط أجل التزام المدين :

قد يسقط الأجل الممنوح للمدين لسداد الدين ،أى يحل موعد سداد الالتزام الأصلى قبل أوانه لعدة أسباب يحددها القانون وهى الافلاس أو الاعسار أو اضعاف تأمينات الدين وعدم تقديم ما وعد بتقديمه من تأمينات (م ٢٤٦ مصرى ، ٢٧٣ يمنى). فما هو تأثير ذلك على الكفالة ؟ هل يؤدى الى سقوط أجل التزام الكفيل ، ويلتزم بسداد الدين حالا ،أم لا يجوز الرجوع عليه قبل الأجل الأصلى المتفق عليه؟

يتجه البعض الى القول بسقوط أجل التزام الكفيل بالتبعية

لسقوط أجل التزام المدين لأن التزام الكفيل يتبع الالتزام الأصيل ، والغرض من الكفالة هو تأمين الدائن ضد مخاطر اعسار المدين وقد تحقق ذلك بالفعل فى الحالات السابقة مما أدى الى سقوط الأجل المقرر للمدين للوفاء بالدين .

ولكن الرأى الغالب يرى أن سقوط أجل التزام المدين لا يؤدى الى سقوط أجل التزام الكفيل ، بل يبقى هذا الالتزام قائما الى حين حلول أجله . ويظل الكفيل متمتعا بالأجل الممنوح له ، ولا يجوز الرجوع عليه قبل حلول هذا الأجل ولو سقط أجل الدين الذى يكفله وذلك للأسباب الآتية :

ـ ان تبعية الكفالة للالتزام الأصلى لا تمنع من انعقادها بشروط أخف .

ـ ان سحب الثقة من المدين بسبب اعساره أو افلاسه أو اخطائه أمر خاص به لا يبرر سحب الثقة من الكفيل ، ولا يستطيع المدين أن يسوىء مركز الكفيل بفعله بعد انعقاد الكفالة .

ـ ويتفق ذلك مع صحيح القانون ، حيث أن للمسألة نظيرا فى

القانون التجارى ، فافلاس المدين التاجر لا يترتب عليه حلـــول الأجل الا بالنسبة للمدين المفلس وحده .

ـ ان قواعد تفسير عقد الكفالة تقضى بذلك حيث ينبغى مراعاة التفسير الأصلح للكفيل بوصفه متبرعا من جهة ومدينا يفسر الشك لصالحه من جهة أخرى .

مطالبة المدين مع الكفيل :

هل يستطيع الدائن ، عند حلول أجل الدين . مطالبـــة الكفيل مباشرة ؟ أم هل يلتزم بالبدء بمطالبة المدين أو لا ؟ أم هل يستطيع الرجوع على الاثنين معا ؟

أولا ـ بالنسبة للقانون اليمنى :

تنص المادة ١٠١٢ على أنه اذا كانت الكفالة حالة فان للمكفول له أن يطالب الكفيل أو الأصيل بحقه أيهما شاء وتنص المادة ١٠١٣ على أنه اذا حل أجل الكفالة وكان المكفول عليه المدين موســـرا فللكفيل أن يلزم المكفول له (الدائن) بمطالبة المدين بحقـــه أو يسقط الضمان عنه .

يتضح وجود تناقض واضح بين النصين ، حيث يقرر النص الأول المساواة بين المدين والكفيل ، ومن ثم يحق للدائن أن يرجع على أى منهما ، بينما يقرر النص الثانى أن الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل الا بعد الرجوع على المدين اذا كان موسرا .

وتحاول المذكرة الايضاحية للقانون ازالة وتوضيح هذا التناقض بقولها :

" يعالج النص حالة حلول أجل الكفالة والمدين المكفول عليه موسر ، فانه يكون من حق الكفيل أن يلزم الدائن المكفول له بمطالبة المدين بحقه ، أو يسقط الضمان عنه ، لأنه لو تأخر الدائن فى مطالبة المدين بحقه ، فقد يعسر المدين مما يترتب عليه خسران الكفيل اذا أدى الدين ، ويلاحظ أن مفهوم هذه المادة مع المادة السابقة عليها لا يعنى أن الدائن مكلف عندما يكون المدين موسرا والدين حالا أن يطالب المدين أولا ، وانما ليس أن يتأخر فى المطالبة بدينه سواء من المدين أو الكفيل حتى يستطيع الكفيل اذا ما أدى الدين أن يرجع على المدين بما أداه وهو موسر ، أى أنه اذا أبطأ المكفول له فى المطالبة بحقه ، فان الكفيل يحثه على

مطالبة المدين وهو موسر ،وهذا يختلف عن حق التجريد الـذى به يلزم الكفيل المكفول له بالرجوع على المدين أولا ، بتجريده مما عنده من المال قبل الرجوع على الكفيل ، فيكون الكفيل مجرد احتياطى ولكن ما أخذ به المشرع هو أن المدين والكفيل على قدم المساواه ومن حق المكفول له أن يرجع على أيهما شاء " .

نرى أن ما ورد بالمذكرة الايضاحية يزيد الأمر تعقيدا ، فهى تقرر تارة ضرورة الرجوع على المدين قبل الكفيل لأن الثانى احتياطى وتبعى للأول ،وتارة تسوى بينهما وتعطى الدائن الحق فى الرجوع على أيهما شاء .

ولا يسعنا الا أن نقرر بأن المشرع اليمنى يعطى الحق للدائن فى الرجوع على الكفيل أو المدين فى حالة الأخير ، وهو فى هذه الحالة سيبدأ بالكفيل مباشرة لأن المدين معسر ،وعلى الدائن عبء اثبات اعسار المدين أى عدم كفاية أمواله لسداد الدين . أما اذا كان المدين موسرا فان الدائن يلتزم بالرجوع عليه أولا قبل الرجوع على الكفيل ، واذا رجع على الكفيل قبل المدين ، كان للكفيل أن يدفع بعدم قبولها حتى يرفع الدائن دعواه بمطالبة المدين .

ثانيا ــ القانون المصرى :

تنص المادة ٧٨٨ على أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين .

يتضح من النص أن الدائن يلتزم بالرجوع على المدين أولا ، ولا يستطيع أن يرجع ابتداء على الكفيل ، ولكن يمكن للدائن أن يرجع على المدين والكفيل معا فى وقت واحد .

ويقصد بالرجوع ، ليس مجرد المطالبة الودية أو اعذار المدين للوفاء بالتزامه ، بل لا بد من المطالبة القضائية أى رفع الدعوى على المدين والحصول على حكم قضائى بالزامه بالوفاء ، ومن ثم استنفاذ الدائن للوسائل القضائية فى استيفاء حقه من المدين . ويرد على هذه القاعدة استثنائين :

الأول : اذا اشهر افلاس المدين ، وجب على الدائن التقدم فى التغليسة بالدين ، والا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن (م ٧٨٦) .

الثانى : اذا كان لدى الدائن سند صالح للتنفيذ على

المدين ، فان مجرد التنبيه بالوفاء يعتبر فى ذاته رجوعا كافيا على المدين ،ويفتح طريق الرجوع على الكفيل .

وانطلاقا من مبدأ ضرورة رجوع الدائن على المدين ،فانه اذا رفع الدائن دعواه على الكفيل وحده ،قبل الرجوع على المدين ، كانت دعواه غير مقبولة ، لأننا بصدد قيد قانونى يجب على الدائن مراعاته والا تعرضت دعواه للدفع بعدم القبول ، وهذا القيد لا يتعلق بالنظام العام، لذا لا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها وانما يجب أن يتمسك به الكفيل أمام المحكمة ، الا أنه يشترط لابداء هذا الدفع عدة شروط:

١ ـ يجب ألا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه فى هذا الدفع صراحة أوضمنا ، فهذا الحق مقرر لمصلحته ، ومن ثم يجوز له أن يتنازل عنه وقت انعقاد الكفالة أو بعد ذلك .

٢ ـ يجب ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين ، لأن الدائن يستطيع الرجوع على الكفيل المتضامن ابتداء ، دون أن يستطيع هذا الأخير الدفع بوجوب الرجوع على المدين أولا ، لأن هذا الدفع قاصر على الكفيل البسيط دون الكفيل المتضامن .

٣ ــ يجب أن يكون فى رجوع الدائن على المدين فائدة ، فاذا كان المدين ظاهر الاعسار ، ليس لديه أموال تكفى للوفاء بالدين أو ببعضه ، فلا فائدة من تمسك الكفيل بوجوب البدء بالرجوع على المدين ، ولا مصلحة له فى ذلك . ويستطيع الكفيل التمسك بهذا الدفع اذا كان لدى المدين بعض الأموال التى تكفى لسداد بعض الدين ، فيرجع الدائن على هذه الأموال ، ثم يستوفى بقية الدين من الكفيل . وعلى هذا لا يشترط لقبول الدفع أن يكون لدى المدين أموال تفى بالدين كله ، لأن هذا أصلح للكفيل من جهة ، ومن جهة أخرى لن يلحق بالدائن أى ضرر اذ أنه يستوفى بقية الدين من الكفيل . والقاضى هو الذى يقدر ما اذا كانت هناك مصلحة للكفيل فى التمسك بهذا الدفع من عدمه ، ويقرر بالتالى قبول أو عدم قبول الدعوى فى مواجهة الكفيل بحسب ما اذا كانت هناك فائدة ولو بسيطة فى الرجوع على المدين أولا .

ويقع على الدائن عبء اثبات اعسار المدين أو عجزه الظاهر عن الوفاء بالدين ، هذا بخلاف الحال بالنسبة للدفع بالتجريد حيث يقع على الكفيل عبء اثبات وجود أموال لدى المدين يمكن التنفيذ عليها .

الرجوع على الكفيل بقدر نصيبه (تعدد الكفلاء ـ الدفع بالتقسيم)

اذا كان هناك أكثر من كفيل لنفس الدين ، فهل يجوز للدائن أن يرجع على كل منهم بكل الدين ، أم يرجع الدائن على كل كفيل بقدر نصيبه ؟ وهل يجوز للكفيل الذى يرجع عليه الدائن أن يحتج بتقسيم الدين بينه وبين سائر الكفلاء الآخرين ؟

تجيب المادة ١٠١٦ يمنى على ذلك بقولها : اذا تعدد الكفلاء للمدين ، فان كان كل منهم مستقلا بضمانه للدين كله فان للمكفول له أن يأخذ حقه من أى واحد منهم ولا رجوع لأحد منهم على الآخر بما أداه . وان كانوا مشتركين فى الضمان وشرط تضامنهم فيه كان للمكفول له أن يأخذ حقه من أى واحد منهم ويكون لمن أدى الحق الرجوع على الآخرين كل بنصيبه فيه ، وان كانوا مشتركين فى الضمان ولم يشترط تضامنهم فيه ، فلا يكون المكفول له أن يطالب أحدا منهم الا بنصيبه فى الحق فقط ، وتساوى الأنصبة بينهم الا اذا عين لكل منهم نصيبه .

وتجيب المادة ٧٩٢ على ذلك بنفس المعنى بقولها : ١ ـ اذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما

بينهم ،قسم الدين عليهم ،ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل الا بقدر نصيبه فى الكفالة ، ٢ ـ أما اذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فان كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله ، الا اذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم .

يفرق النص بين فرضين : الأول يواجه حالة تعدد الكفلاء بمناسبة تعدد عقود الكفالة . الثانى يواجه حالة تعدد الكفلاء من خلال عقد واحد .

أولا ـ تعدد الكفلاء بعقود متوالية :

يتم ابرام عدة عقود كفالة بين نفس الدائن وأكثر من كفيل لكفالة نفس الدين على ذات المدين . فالمدين يقدم عدة كفلاء للدائن لضمان الوفاء بالتزامه فى مواجهة الدائن ، الا أن هؤلاء الكفلاء لا يكفلون الدين بعقد واحد مع الدائن ، بل يبرم الدائن مع كل منهم عقد كفالة مستقل عن الآخرين ،ويعتبر كل عقد قائم بذاته من حيث موضوعه وأطرافه .

ولا يعتمد الكفلاء فى هذه الحالة ،بعضهم على بعض لأن كل

منهم يكفل كل الدين بعقد على حدة ،ومن ثم فقد لا يعرف بعضهم بعضا ، لذا فان كل منهم يكون مسئولا عن كل الدين ،لأن كل كفيل منهم مستقل بضمانه ، ويجوز للدائن أن يحصل على حقه بالكامل من أى واحد منهم ،ولا يجوز أن يدفع الكفيل رجوع الدائن عليه بكل الدين ،بطلب تقسيم هذا الدين عليه وعلى سائر الكفلاء الآخرين ، أى ليس للكفيل أن يدفع بتقسيم الدين المكفول على الكفلاء كل بنسبة نصيبه .

يلتزم كل كفيل بالوفاء بالدين المكفول بكامله ،وتكون مسئولية هؤلاء الكفلاء عن الدين ليست تضامنية ، بل تكون بالتضامم بينهم ، واذا قام أحدهم بالوفاء بكل الدين ،فليس له أن يرجع على الكفلاء الآخرين بالتقسيم ،ولكنه يستطيع الرجوع بدعوى الحلول على سائر الكفلاء كل بقدر نصيبه فى الدين ،هذا بالاضافة الى حقه الثابت فى الرجوع بما دفعه على المدين .

واذا استوفى الدائن كل الدين من أحد الكفلاء برئت ذمة الكفلاء الباقين نحوه ، واذا لم يستوف الا جزءا من الدين ، فانه يستطيع أن يستوفى بقية الدين من أى كفيل آخر لأن كل منهم

مسئول عن الدين بكامله ٠

ولكن يجوز للكفيل أن يحتفظ لنفسه بحق التقسيم ، ويترتب على ذلك أن الدائن لا يستطيع أن يطالبه الا بالجزء من الديـــــن المعادل لنصيبه ٠ وقد يكون حق التقسيم فى علاقة الكفيل بالمدين أو فى علاقته بباقى الكفلاء أو ببعضهم فقط ، فقد يشترط الكفيـــل تقسيم الدين على من سبقه من الكفلاء أو على من يستجد منهـــم ٠ ويمكن أن يحتفظ كل كفيل لنفسه بحق التقسيم ، هنا لا يستطيـــع الدائن أن يطالب أى كفيل الا بجزء من الدين يعادل نصيبه ، والأصل أن الأنصبة متساوية ، الا اذا عين لكل منهم نصيبـــــه ٠ والأصل أن من يكفل الدين بعقد مستقل يكون مسئولا عنه مسئولية كاملة ، الا أننا بصدد قرينة قانونية بسيطة قابلة لاثبات العكــس ، أى اثبات حق الكفيل فى طلب التقسيم ٠

ثانيا ـ تعدد الكفلاء بعقد واحد :

يكون هناك أكثر من كفيل لنفس الدين ، ويلتزم الجميع بكفالـــة الدين بعقد واحد ، دون اشتراط التضامن فيما بينهم ، فى هذه الحالة يقسم الدين بين الكفلاء لأن وحدة العقد تدل علـــى أن

كل منهم قد اعتمد على الكفلاء الآخرين ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب أى واحد منهم الا بنصيبه ، حيث يستطيع كل كفيل ، فى حالة الرجوع عليه بكل الدين ، أن يدفع هذا الرجوع بتقسيم الدين بينه وبين الكفلاء الآخرين ، ويجوز ابداء هذا الدفع فى أية مرحلة تكون عليها الدعوى .

وتقسيم الدين يتم بقوة القانون ، لذا فان للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولو لم يطلبه الكفيل .

وينقسم الدين بين الكفلاء من وقت ابرام عقد الكفالة ، لا من وقت حكم المحكمة ، ولا من وقت الدفع بتقسيم الدين ، وعلى هذا فان ذمة الكفيل لا تنشغل الا بقدر نصيبه من الدين . وينتج عن ذلك أنه لو أعسر أحد الكفلاء ، فان الدائن يتحمل وحده نتيجة هذا الاعسار ، ولا يستطيع أن يرجع على الكفلاء الآخرين بحصة الكفيل المعسر .

والأصل أن تقسيم الدين يكون بالتساوى بين الكفلاء ، الا اذا وجد اتفاق مخالف ، كما لو تم تحديد نصيب كل كفيل على حدة ، أو اشترط بعضهم تحديد مسئوليته بنصيب معين لا يجوز تجاوزه ، هنا

يجب مراعاة ذلك عند الرجوع عليهم .

ويشترط لتقسيم الدين على الكفلاء عدة شروط هى :

١ ــ أن يتعدد الكفلاء ، بمعنى أن يكفل أكثر من شخص نفس الدين فى نفس العقد ، أما اذا كنا بصدد كفيل واحد فانه يتحمل وحده كل الدين اذا لم يف به المدين ، وهو لا يستطيع أن يطالب بالتقسيم بينه وبين المدين . ولا بينه وبين من يكفله هو (كفيل الكفيل) الا أن الكفيل الواحد يستطيع أن يقصر كفالته على جزء من الدين فقط كما رأينا .

ويثور التساؤل عما اذا كان التقسيم قاصر على الكفلاء الشخصيين أم يمتد ليشمل الكفيل العينى كذلك ؟

يرى البعض أنه اذا اجتمع كفيل شخصى وكفيل عينى انقسم الدين بينهما باعتبار أن الكفيل الشخصى يلتزم بكل الدين ، والكفيل العينى يلتزم فى حدود قيمة العين التى تكفل الدين ، فان كانت هذه القيمة معادلة للدين أو مجاوزة لمقداره ، اعتبر الكفيل العينى ملتزما بكل الدين وانقسم الدين بينه وبين الكفيل

الشخصى مناصفة • أما اذا كانت قيمة العين أقل من الديـــن ،
انقسم الدين بينهما بنسبة هذه القيمة الى مجموع قيمة التزاميهما •
ويجد بعض أنصار هذا الرأى سندهم فى عموم النصوص التى لـم
تفرق بين الكفيل العينى والكفيل الشخصى ،كما أنه يبدو عــادلا
اذا تمت الكفالة من كل من الكفيلين العينى والشخصى باتفـــاق
واحد •

ويذهب الرأى الراجح الى أنه "اذا وجد كفيل عينى الى جانب
الكفيل الشخصى ، لم ينقسم الدين عليهما ، فان الدين لا ينقسم
الا على الكفلاء الشخصيين ،بل انه اذا تقدم لضمان الدين كفالـة
عينية وكفالة شخصية فى وقت واحد ، ولم يكن الكفيل الشخصـــى
متضامنا مع المدين ،لم يجز التنفيذ على أموال الكفيل الشخصى الا
بعد التنفيذ على المال الذى رهنه الكفيل العينى ضمانا للديــن ،
فالدين لا ينقسم على الكفالة الشخصية والكفالة العينية ، بل يبــدأ
بالكفالة ، فان لم تف بكل الدين استوفى الدائن الباقى من الكفيل
الشخصى " •

ويعلل الفقه ذلك على أساس أن الكفالة العينية وهى عقــد

رهن تفيد أن الكفيل العينى قد حدد مسئوليته عن الدين بقيمة المال الذى رهنه ، هذا بالاضافة الى قاعدة عدم تجزئة الرهن التى تنطبق حيث لا يتفق على استبعادها ، ومن ثم لا يستفيد الكفيل العينى من التقسيم الا اذا كان قد اشترطه .

٢ ـ وحدة الدين ، حيث يجب أن يتعدد الكفلاء لنفس الدين ، أما اذا كان كل كفيل يكفل دينا مختلفا ، فان كل منهم يظل مسئولا عن كل الدين الذى يكفله ، ولا يمكن الحديث عن التقسيم فيما بينهم لاستقلال كل منهم عن الآخر . ويترتب على ذلك أن الدين لا ينقسم بين الكفيل وكفيله لأن كل منهما يكفل دينا مختلفا ، فالكفيل يضمن دين المدين الأصلى أما كفيل الكفيل (وهو ما يسمى بالمصدق) فيضمن التزام الكفيل .

٣ ـ أن تكون الكفالة بعقد واحد ، بمعنى أن يكون جميع الكفلاء طرفا فى عقد الكفالة ، أما اذا كان كل كفيل قد كفل الدين بعقد مستقل عن الآخرين ، فان كل منهم يعتبر مسئولا عن كل الدين ولا يستطيع أن يطالب بالتقسيم ، لأن تعدد عقود الكفالة يعنى عدم اعتماد كل كفيل على مشاركة الآخرين فى الضمان بخلاف

الحال اذا كانوا يكفلون نفس الدين بعقد واحد •

وعلى ذلك فان تقسيم الدين بقوة القانون لا يتم الا بين الكفلاء لنفس الدين بعقد واحد ، الا أنه يمكن الاتفاق على التقسيم بين الكفلاء بعقود متوالية ،في هذه الحالة ينقسم الدين فيما بينهم اعمالا للشرط الذى يضعه الكفيل وليس بحكم القانون •

٤ ــ ألا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ،فاذا تقدم الكفلاء لضمان الدين ، وتم الاتفاق على التضامن بينهم ،فان الدائن يستطيع أن يطالب أيا منهم بالدين دون أن يكون له طلب التقسيم ، فالتضامن يمنع وقوع التقسيم ، لأن التقسيم لا يكون الا بين الكفلاء غير المتضامنين •

واذا تعددالكفلاء وكفلت طائفة منهم على وجه التضامن وكفلت الأخرى دون تضامن ،فان التقسيم لا يقع الا بين الكفلاء غير المتضامنين ،ويترتب على ذلك أنه " اذا رجع الدائن على أحد الكفلاء المتضامنين فان هذا الكفيل يلتزم بكل الدين ، فى حين أنه لو رجع الدائن على أحد الكفلاء غير المتضامنين ،فان الدين ينقسم على جميع الكفلاء بما فيهم المتضامنون " •

وإذا تضامن أحد الكفلاء مع المدين ، فهل يستفيد من تقسيم الدين مع بقية الكفلاء الآخرين ؟

يذهب البعض أن الكفيل المتضامن يلتزم بدفع كل الدين في حالة مطالبة الدائن له ،الا أنه لا يحرم من تقسيم الدين بينه وبين باقي الكفلاء الآخرين لأنه غير متضامن معهم ،ويستندون في ذلك الى أن هذا ما كان عليه الحكم في ظل القانون القديم ولم يرد ما يفيد العدول عنه ، كما أن الأعمال التحضيرية تؤيده ،أضف الى ذلك أن عدم التقسيم استثناء على القواعد العامة ، فيجب أن ينحصر في الحالة التي ينص عليها بوضوح .

ويذهب الرأى الراجح الى أن تضامن الكفيل مع المدين يجعله مسئولا عن كل الدين كالمدين الأصلى تماما ، ولا يحق له التمسك بالتقسيم بينه وبين الكفلاء الآخرين ،على أساس أن تضامنه مع المدين يفيد استعداده للوفاء بكل الدين ونزوله عن انقسام الدين ،هذا فضلا عن أن نص المادة جاء صريحا حيث ذكر التخصيص بالنسبة لتعدد الكفلاء " ... وكانوا غير متضامنين فيما بينهم " .

٥ ــ أن يكون المدين واحد ، أى يجب أن يكون الكفلاء

المتعددين قد كفلوا مدينا واحدا ، أما اذا كان كل كفيل يكفل مدينا غير الذى كفله الآخر، فان الدين لا ينقسم بينهم ولو كان هو نفس الدين ،فاذا تعدد المدينون لدين واحد وكانوا متضامنين فيما بينهم ، وقدم كل منهم كفيلا للدائن ،فان الدين لا ينقسم بين الكفلاء ،اذ لا علاقة بينهم ، ويضمن كل منهم الدين فى مجموعه أما اذا كان المدينون غير متضامنين ،فان الدين ينقسم عليهم وينقسم بالتالى على الكفلاء بالتبعية للمدينين .

واذا كفل كل كفيل المدينين المتضامنين معا ، فان كفالتهم ترد على نفس الدين ونفس المدينين ،لذا فان الدين يقسم عليهم .

٦ ـ يجب ألا يكون الكفيل قد تنازل عن الحق فى التقسيم ، فهذا الحق مقرر لمصلحة الكفيل ويكون له أن يتنازل عنه لأنه لا يتعلق من النظام العام ،بالرغم من أنه يقع بحكم القانون ،وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها .

آثار الدفع بالتقسيم:

يرتب تقسيم الدين بين الكفلاء ، سواء تم ذلك بناء على اتفاق ،أو اعمالا لحكم القانون ، عدة آثار اتضحت لنا من خلال

استعراض شروطه ، الا أنه يجدر بنا فى نهاية المطاف بلورة تلـــك الآثار بصورة نهائية ٠

١ ـ لا يجوز للدائن أن يطالب أى من الكفلاء بكل الديـــن ، حيث يلتزم كل كفيل بدفع حصته فقط ، والأصل أن الدين يقســـم بالتساوى بين الكفلاء ، الا اذا وجد اتفاق يحدد نصيب كل كفيـــل فى الدين ٠

٢ ـ يحق للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتقسيم فى أى حالة تكون عليها الدعوى ٠

٣ ـ يتم التقسيم بقوة القانون فى حالة توافر الشروط السابقـة ، لذا يجوز للقاضى أن يقضى به من تلقاء نفسه ٠ ولو لم يتمسك بـــه الكفيل ، هذا وبشرط ألا يكون قد تنازل عنه ٠

٤ ـ ويترتب على التقسيم كذلك أنه اذا أعسر أحد الكفـــلاء ، فان الدائن هو الذى يتحمل حصة الكفيل المعسر ٠

المبحث الثانى

دفـــــوع الكفيـــــل

يستطيع الكفيل أن يتمسك بعدة دفوع فى مواجهة مطالبـة الدائن له بالوفاء بالالتزام الذى لم يف به المدين ،هذه الدفوع اما أن تتعلق بالدين المكفول ،واما أن تتعلق بالتزام الكفيـل نفسه الوارد فىعقد الكفالة ،واما أن تتعلق بضرورة التنفيذ عـلى أموال المدين أولا ، واما أن تتعلق باداءات ينبغىعلى الدائـن القيام بها • وترمى هذه الدفوع فىجملتها اما الى براءة ذمـة الكفيل ،واما الى تحصينه عندالتنفيذ علىأمواله • ونعرض لهـذه الدفوع فى أربع مطالب فيما يلى :

المطلب الأول

الدفوع الخاصة بالالتزام الأصلـــى

ترتبط الكفالة ،نظرا لصفة التبعية ،فى وجودها وانقضائهـا ، بالالتزام الأصلى الذىتضمن الوفاء به ، فالكفيل يتعـهد للدائـن بالوفاء بالدين اذا لم يف المدين به •

لذا يمكن القول بصفة عامة بأن للكفيل أن يدفع فى مواجهة الدائن ، بكل الدفوع التى يكون للمدين أن يحتج بها عليه ، فله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين . ويمكن تقسيم هذه الدفوع الى مجموعتين : الأولى تتعلق ببطلان الالتزام الأصلى والثانية تتعلق بانقضائه .

أولا ــ الدفوع المتعلقة ببطلان الالتزام الأصلى

١ ــ تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول تؤدى الى أن تدور الكفالة مع الالتزام الأصلى وجودا وعدما ، ويستطيع الكفيل ، بالتالى أن يتمسك بجميع الدفوع الخاصة بالالتزام الأصلى ، سواء تعلقت بتقرير بطلانه أو ابطاله . ولا يتصور تمسك الكفيل ببطلان الدين المكفول ، الا حيث يكون مصدر هذا الدين تصرفا قانونيا ، فهو وحده الذى يمكن أن يرد عليه البطلان . وعلى هذا يستطيع الكفيل أن يتمسك بكل الدفوع التى تتعلق بصحة مصدر التزام المدين أى التمسك ببطلان التصرف مصدر هذا الالتزام . فاذا كان التزام المدين باطلا أو قابلا للابطال ، فان التزام الكفيل يكون بالتبعية باطلا أو قابلا للابطال ، ويستطيع الكفيل أن يحتج بأوجه الدفع

التى يتمسك بها المدين من بطلان أو قابلية للابطال .

فبالنسبة للبطلان ، يمكن للكفيل أن يدفع بعدم مشروعية التصرف القانونى مصدر التزام المدين سواء لتخلف الشكل أو لانعدام الرضاء به أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب . ولا يتمسك الكفيل بأوجه الدفع هذه ضد التزام المدين بل ضد التزامه هو ، فهو يتمسك بها باسمه هو لا باسم المدين ، فهو لا يتمسك بالدفع بقصد براءة ذمة المدين ولكن بقصد براءة ذمته هو ، ويترتب على ذلك نتيجتان : الأولى أن الكفيل يستطيع التمسك بوجه عن هذه الأوجه ضد التزامه هو ولو سكت المدين عن هذا الدفع ، هذا بالاضافة الى أننا بصدد بطلان يجوز التمسك به من كل ذى مصلحة . الثانى : يمكن للكفيل أن يتدخل فى الدعوى المرفوعة بين الدائن والمدين ويطلب براءة ذمته من التزامه هو استنادا الى أى رفع من هذه الدفوع ، وله أن يتمسك بهذا الدفع من خلال رفع دعوى مبتدأة على الدائن .

أما عن القابلية للابطال ، فقد ذهب البعض الى القول بأن للكفيل أن يتمسك بابطال عقد الكفالة لأن التصرف الذى نشأ عنه

الالتزام المكفول قابل للابطال لعيب فى رضاء المدين كغلط أو اكراه أو تدليس ، ويبقى للكفيل الحق فى طلب ابطال عقد الكفالة لعيب فى الرضاء ولو أن هذا المدين بعد كشف العيب أجاز التصرف فانقلب صحيحا .

ولكن الرأى الراجح يرى أنه يفهم من الأعمال التحضيرية أن للكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين ما عدا الاوجه المتصلة بشخصه خاصة ، " ويصدق ذلك على تنازل المدين عن التمسك بابطال العقد ، ذلك أن العقد القابل للابطال عقد صحيح ، والتنازل عن الابطال معناه تأكيد هذه الصحة عن طريق النزول عن مهاجمته فى المدة المحددة لذلك ،وان كان هذا النزول من جانب المدين لا يضيف جديدا الى صحة الالتزام ،فاذا وقع لما كان فى مقدور الكفيل أن يتمسك به اللهم الا بمهاجمة النزول نفسه واثبات أنه تم اضرارا به عن طريق تواطؤ المدين مع الدائن . ويستند هذا الاتجاه الى أن المتصرف (المدين) وحده هو صاحب الحق فى القول بأن ارادته معيبة أو غير معيبة ، ولذا لا يتصور أن يقوم شخص مقامه فى ذلك بالتمسك بالبطلان على أساس عيب ارادته ،

بعد أن نفى هو نفسه وجود أى عيب فيها . فالتمسك بهذا البطلان لايكون الا من المدين نفسه على أساس أن تمسكه بالبطلان وقيامه باثبات توافر عناصر العيب المؤدى اليه ، وخصوصا جوهرية عيب الارادة ،أى كونه السبب الرئيسى لابرام التصرف سواء أكان غلطا أم اكراه ،هذا التمسك هو الذى يؤدى الى ظهور سبب البطلان فى النطاق القانونى ، وهو لا يعرف فى هذا النطاق الا اذا شارك صاحب الرضاء المعيب فى اظهاره . بالافصاح عن هذا العنصر النفسى الخالص لعيب الارادة ، الذى هو الاندفاع الى ابرام التصرف بتأثير العيب ،ولذا لا يتصور أن يكون للكفيل أن يتمسك ببطلان تصرف المدين لعيب الرضاء ،اذا لم يتمسك به المدين نفسه " .

وقد أورد المشرع المصرى استثناءا خاصا بكفالة ناقص الأهلية سبق وتعرضنا له من قبل .

ثانيا ـ الدفوع المتعلقة بانقضاء الالتزام الأصلى

يترتب على تبعية الكفالة أن الكفيل يستطيع التمسك بانقضاء التزامه بالضمان اذا انقضى التزام المدين المكفول بأى سبب من

أسباب انقضاء الالتزامات ، وسواء أكانت الوفاء ، أو ما يقوم مقامه ، أو غير ذلك من الأسباب ٠

١ ـ يؤدي الوفاء الى انقضاء الالتزام الأصلي ،وينقضي بالتبعية التزام الكفيل ، فاذا استوفى الدائن حقه تبرأ ذمة المدين ،وذمة الكفيل بالتبعية له ، سواء أكان الكفيل بسيطا أم متضامنا ٠

فاذا كان الوفاء من المدين فانه يجب أن يكون صحيحا حتى يرتب أثره ، واذا كان الوفاء من غير المدين فانه يرتب نفس الأثر ، الا اذا حل الموفى محل الدائن فيما له من حقوق قبل المدين ، فهنا لا يؤدي الوفاء الى انقضاء الكفالة لأنها تظل مع باقي التأمينات لمصلحة الموفى ٠

ويقوم مقام الوفاء العرض الحقيقي على الدائن ،اذا تلاه ايداع وفقا لأحكام قانون المرافعات أو تلاه أي اجراء مماثل وذلك اذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته ،ويستطيع الكفيل أن يستند الى براءة ذمة المدين في مواجهة الدائن بناء على عرض الوفاء ٠ واذا رجع المدين في العرض وقبل الدائن الرجوع ، لم يكن لهذا

الدائن أن يتمسك بعد ذلك ببقاء تأمينات الدين ومنها الكفالة وعلى ذلك تبرأ الكفيل . أما اذا رجع المدين فى عرضه قبل قبول الدائن له وقبل صدور حكم نهائى بصحته ، فانه يعتبر كأن لم يكن ويظل الدين قائما وتظل الكفالة بالتبعية له .

واذا تعددت الديون فى ذمة المدين ،وكانت لنفس الدائن ، ومن جنس واحد كالنقود ، وكان ما أداه المدين لا يفى بهذه الديون جميعا ،جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذى يريد الوفاء به ،والا كان الخصم من حساب الدين الذى حل ،فاذا تعددت الديون الحالة وكان الدين المكفول منها اعتبر أنه قد وفى . بالدين المكفول باعتباره أشد كلفة على المدين ،هذا بالاضافة الى أن الوفاء بهذا الدين من شأنه أن يؤدى الى ابراء المدين والكفيل بالتبعية (المواد ٣٨٦ يمنى ، ٣٤٤ مصرى) .

واذا قام المدين بوفاء جزء من دينه وكان الكفيل ضامنا لجزء من هذا الدين دون الآخر ، فهل ينصرف الوفاء الى الجزء المكفول أم الى الجزء غير المكفول ؟

يرى البعض أن " جهة الدفع تنصرف الى الجزء غير المكفول ،

ذلك أن الدائن ما كان ليقبل الوفاء الجزئى ، وهو لا يجبر عليه ، لو أن الوفاء وقع على الجزء المكفول ، فهو اذا قبل هذا الوفاء الجزئى ، فلأنه يستوفى به الجزء غير المكفول من الدين ، مستبقيا الجزء المكفول فهو موثق بالكفالة " .

ويذهب الرأى الراجح الى أن الوفاء ينصرف الى الجزء المكفول لأن هذا الجزء هو الأكثر كلفة على المدين ، وذلك تفسيرا للشك فى مصلحة المدين أى الكفيل وليس الدائن .

٢ ــ ويؤدى الوفاء بمقابل الى براءة ذمة المدين من الدين الأصلى ، وتبرأ ذمة الكفيل تبعا لذلك ، فتنقضى الكفالة بطريق التبعية .

وتنص المادة ٣٩١ يمنى على أنه اذا قبل الدائن استيفاء حقه بشىء مقابل له قام هذا مقام الوفاء ، ويسرى على المقابل من حيث انتقال ملكيته للدائن احكام البيع ، ومن حيث قضاء الدين احكام الوفاء ، وبالأخص ما يتعلق منها بمحل الوفاء وانقضاء التأمينات .

وينص المشرع المصرى صراحة على أنه اذا قبل الدائن أن

يستوفى فى مقابل الدين شيئا آخر ، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشىء (م ٧٨٤) .

والوفاء بمقابل ينتج أثره السابق اذا كان المدين هو الذى قدم الشىء فى مقابل الدين أو كان الذى قدم المقابل شخص من الغير ، أما الوفاء بمقابل الذى يقع من الكفيل لا يبرىء ذمته اذا استحق هذا الشىء بل يرجع عليه الدائن بضمان الاستحقاق .

ولا يتعلق الحكم الوارد بالنص السابق بالنظام العام ، لذا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، فاذا اتفق الدائن عند قبوله الوفاء بمقابل ، مع المدين على أن يحتفظ بحقه فى الرجوع على الكفيل اذا استحق هذا المقابل ، فى هذه الحالة يعتبر الوفاء بمقابل معلقا على شرط فاسخ هو استحقاق الشىء ، فاذا تحقق الشرط زال الوفاء بمقابل بأثر رجعى ويظل الدين الأصلى قائما وكذلك الكفالة التى تضمنه ، ويجوز أن يحتفظ الدائن بحق الفسخ فى حالة استحقاق المقابل ، فاذا استحق الشىء تم فسخ الوفاء بمقابل وعاد الدين الأصلى وعادت الكفالة بالتبعية له .

وتؤكد الأعمال التحضيرية بأن الدين الأصلى يعود ومعه

الكفالة التي تضمنه في حالة ابطال الوفاء بمقابل لعيب في الارادة أو نقص في الأهلية ، أو اذا تم فسخه بسبب اخلال المدين بالتزامه بالتسليم أو غير ذلك من الالتزامات الناشئة عن عقد البيع الذي يتضمنه الوفاء بمقابل .

واذا استحق الشيء الذي قدمه المدين للدائن في مقابل حقه ، تحت يد الدائن ،كان له حق الرجوع على المدين بضمان الاستحقاق ،أي أنه اذا تبين أن المقابل مملوك للغير ،فان حق الدائن يقتصر فقط على الرجوع بالضمان ،ولا يؤدي ذلك الى عودة الدين المنقضي وعودة الكفالة ،لأن كل منهما يكون قد انقضى بصفة نهائية .

٣ ـ يترتب على <u>التجديد</u> انقضاء الدين الأصلي بتوابعه ،ومن ثم تنقضي الكفالة ،ولا تنتقل الى الالتزام الجديد ،الا بالاتفاق أو نص في القانون . .

ويتحقق تجديد الدين بتغيير الدائن أو تغيير المدين أو تغيير الدين في محله أو مصدره (م ٣٩٢ يمني ، ٣٥٢ مصري) ، ويترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه ، وأن

ينشأ مكانه التزام جديد ، ولا ينتقل الى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلى الا بنص فى القانون ، والا اذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت الى ذلك (م ٣٥٦) .

فالتجديد يؤدى الى انقضاء الالتزام الأصلى وتنقضى معه الكفالة التى تضمنه بالتبعية ،ولا تنتقل الى الالتزام الجديد الا بالاتفاق أو بنص القانون ، ويشترك فى هذه الحالة موافقة الكفيل على هذا الانتقال حيث تنص المادة ٤٢٠ يمنى على أنه لا تنتقل الكفالة من الغير شخصية كانت أو عينية ولا الكافل الا اذا رضى بذلك الكفيل أو المدينون المتكافلون بذلك (نفس المعنى المادة ٣٥٨ مصرى) .

ومن أمثلة حالات نص القانون على انتقال الكفالة مع الدين الجديد نص المادة ٣٥٥ مصرى على أنه : لا يكون تجديدا مجرد تغيير الالتزام فى حساب جار ، وانما يتجدد الالتزام اذا قطع رصيد الحساب وتم اقراره . على أنه اذا كان الالتزام مضمونا بتأمين خاص ،فان هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك .

والتجديد لا يفترض ،بل يجب أن يتفق عليه صراحة ،أو أن يستخلص بوضوح من الظروف (م ٣٩٤ يمنى ، ٣٥٤ مصرى)فالتجديد الذى من شأنه أن يؤدى الى انقضاء الكفالة هو الذى تقوم النية وراءه بوضوح ،ويتحقق من خلال مغايرة الالتزام الجديد الالتزام القديم فى عنصر من عناصره الهامة ٠

واذا تقرر ابطال التجديد بسبب ابطال الالتزام الجديد ، فان الالتزام القديم (المكفول) يعود وتعود معه الكفالة ،ولا محل للقياس على الوفاء بمقابل لأن حكمه يعد استثناء من القواعد العامة لا يجوز القياس عليه ٠

٤ ـ وتأخذ الانابة الكاملة حكم التجديد ، لأنها تجديد للالتزام بتغيير شخص المدين ،حيث يتفق فيها على انقضاء التزام المدين (المنيب) ويحل محله التزام شخص آخر (المناب) ، فى مواجهة الدائن (المناب لديه) ،ولذلك تنطبق أحكام التجديد من حيث انقضاء الالتزام الأصلى وكذلك الكفالة التى تضمنه ،الا اذا تم الاتفاق على أن الكفيل يظل ضامنا للالتزام الجديد (م ٣٩٩ يمنى ، م ٣٥٩ مصرى) ٠

أما الانابة الناقصة فلا تؤدى الى انقضاء الدين الأصلى بل يظل قائما الى جانب التزام المدين الجديد (المناب) ، لذا فان الكفالة تبقى بالتبعية لوجود الدين الأصلى .

٥ ـ واذا انقضى الدين المكفول بالمقاصة ، فان ذلك يؤدى الى انقضاء الكفالة بالتبعية . فالمقاصة تؤدى الى انقضاء الدين اذا أصبح المدين دائنا لدائنه ، ينقضى كل من الدينين بقدر الأقل منهما (م ٤٠٣ يمنى ، م ٣٦٥ مصرى) ، ويترتب على اجراء المقاصة انقضاء الالتزام الأصلى كليا أو جزئيا ونفس الشئ بالنسبة لالتزام الكفيل الذى يضمنه . فاذا تخلص المدين من مديونيته بسبب المقاصة ، تخلص الكفيل من التزامه تبعا لذلك .

ويستطيع الكفيل أن يتمسك بالمقاصة ، كما يتمسك بها المدين ، بل ان الكفيل يستطيع التمسك ببراءة ذمته على أساس المقاصة حتى ولو لم يتمسك المدين بها ، بل ولو نزل عن حقه فى التمسك بها ، ويستوى فى ذلك الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن . ذلك أن الكفيل صاحب مصلحة مؤكدة فى التمسك بالمقاصة ، هذا فضلا عن حقه الثابت فى التمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين .

ويجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة فى دين على الدائن للمدين الأصلى ، ولكن لا تجوز المقاصة فى دين على الدائن للكفيل غير المتضامن لأن الدينين غير متقابلين .

ويجوز النزول عن المقاصة بعد توافر شروطها ، ويترتب على ذلك عودة الدينين الى الوجود مرة أخرى بما كان لهما من تأمينات بشرط عدم الاضرار بحقوق الغير ، ومن ثم فاذا كان أحد الدينين مضمونا بكفالة ، انقضت بانقضائه بالمقاصة ، فان الكفالة لا تعود اذا عاد الدين المكفول من جديد بسبب النزول عن المقاصة .

٦ ـ واذا انقضى الدين المكفول باتحاد الذمة ، انقضت الكفالة التى تضمن هذا الدين وتبرأ ذمة الكفيل . كما لو ورث المدين الدائن فى نفس الدين ، واصبح بالتالى هو الدائن لنفسه وينقضى الدين باتحاد الذمة .

ويستطيع الكفيل أن يتمسك باتحاد الذمة فى مواجهة الدائن ، لأن اجتماع صفتى الدائن والمدين فى شخص يبرئ ذمة الكفيل . واذا حصل هذا الاجتماع فى شخص المدين الأصلى بسبب وفاة الدائن ، وكان المدين الأصلى وارثا له مع آخرين ، برئت ذمة الكفيل

بقدر حصة المدين ، ولا يؤدى اجتماع صفتى الدائن والكفيل فى شخص واحد الى براءة ذمة المدين الأصلى ، أما اجتماع صفتى المدين الأصلى والكفيل عندما يصبح أحدهما وارثا للآخر ، فيؤدى الى سقوط الكفالة مع بقاء المدين الأصلى ، ويبقى التزام المصدق (كفيل الكفيل) باقيا لمصلحة الدائن .

واذا زال اتحاد الذمة بأثر رجعى ، اعتبر كأن لم يكن ، ويعود التزام المدين من جديد ومعه ملحقاته بما فى ذلك التزام الكفيل . كما لو اتضح أن اتحاد الذمة غير حقيقى بسبب ظهور وارث آخر يحجب المدين الذى كان قد ورث الدائن من قبيل الخطأ .

وينص المشرع اليمنى على ذلك صراحة فى المادة ٤٠٩ بقوله : اذا أصبح الشخص دائنا ومدينا بنفس الحق أو بجزء منه انقضى الحقان بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة ، واذا زال سبب اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى عاد الحق هو وملحقاته للوجود بالنسبة لذوى الشأن جميعا ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن (نفس المعنى بالمادة ٣٧١ مصرى) .

٧ ـ يؤدى ابراء الدائن للمدين الى انقضاء الدين المكفول ،

وتنقضي الكفالة بالتبعية ، وتبرأ ذمة الكفيل بمجرد براءة المدين (م ٤١٠ يمنى ، ٣٧١ مصرى) ،وعلى العكس من ذلك فان براءة الكفيل لا تؤدى الى براءة ذمة المدين ولا ذمة الكفلاء الآخرين (م ٤١٢ يمنى) ولا يجوز للدائن الذى يبرئ المدين أن يحتفظ بحقه قبل الكفيل لأن رجوع الكفيل على المدين يصبح مستحيلا بعد ابراء المدين .

واذا قضى بابطال بسبب تعيب ارادة الدائن مثلا ،فان الابراء يعتبر كأن لم يكن ، ولا يكون له أى أثر على الالتزام الأصلى الذى يظل كما كان فى ذمة المدين ،ويبقى بالتالى التزام الكفيل بالضمان قائما .

ويؤدى الابراء الى براءة ذمة المدين بمجرد علمه به ، واذا رد المدين الابراء فان الدين يعود من جديد الى ذمته ، الا أن الكفيل يستطيع الطعن فى هذا الرد بالدعوى البوليصية لأن من شأنه زيادة التزامات المدين ،ويترتب على ذلك عدم سريان الرد فى حق الكفيل ،وتبرأ ذمته من الكفالة بصفة نهائية .

ويمكن أن يتحقق الابراء من خلال الصلح ،فاذا تصالح الدائن

مع المدين ،وترتب على الصلح تنازل الدائن عن جزء من الديـن ، فللكفيل أن يتمسك بهذا الصلح ،وتكون مسئوليته فى ذلك مثـل مسئولية المدين ،وتنحصر فى ضمان الوفاء بالجزء الباقى من الدين .

ويستثنى من ذلك الابراء الذى يتضمنه الصلح مع المفلس ، فاذا أبرأ الدائنون مدينهم المفلس من جزء من الديون من خـلال الصلح معه ، فان ذلك لايبرئ ذمة الكفلاء ، لأن الدائنين هنـا لا يقصدون التبرع للمدين بل التيسير عليه بهدف الحصول علـى أكبر حصة ممكنة من حقوقهم ،أضف الى ذلك أن فائدة الكفالة لاتظهر الا عند افلاس المدين . وينص القانون التجارى على ذلك صراحـة حيث يحق للدائن مطالبة الملتزمين مع المدين بكل الديـن (المدينون المتضامنون والكفلاء) ولو تم الصلح مع المفلس (م ٥٦٥ تجارى يمنى ، ٣٤٩ تجارى مصرى) .

ويترتب على ابراء الدائن للمدين براءة ذمة الكفيل ، ولكـن ابراء ذمة الكفيل لا يبرئ ذمة المدين الأصلى لأن زوال التبـع لا يستوجب زوال الأصل . واذا تعدد الكفلاء ، وابرأ الدائـن احدهم ،فان الابراء لا يشمل الآخرين ،ولكن تبرأ ذمتهم بقـدر

حصة الكفيل الذى أبرأه الدائن ٠

٨ ــ ينقضى الدين المكفول باستحالة التنفيذ لسبب أجنبى ، وتنقضى الكفالة بانقضائه (م ٤١٣ يمنى ، م ٣٧٣ مصرى) ٠ فاذا استحال تنفيذ المدين لالتزامه ، بقوة قاهرة ، فان هذا الالتزام ينقضى ،ويسقط التزام الكفيل بالتبعية وتبرأ ذمته ٠

أما اذا كان المدين هو الذى تسبب بخطئه فى استحالة تنفيذ التزامه ، فانه يعتبر مسئولا عن الاخلال بهذا الالتزام ،ويسأل عن تعويض الاضرار الناجمة عن ذلك ،ويظل الكفيل ضامنا للوفاء بهذا التعويض٠

٩ ــ اذا انقضى الالتزام المكفول بالتقادم ،فان الكفالة تنقضى بانقضائه ٠ والجدير بالذكر أن القانون اليمنى لا يقر التقادم كسبب لانقضاء الحقوق ،الا أنه يمنع سماع الدعوى بالحق بمضى المدة (م ٤١٤ : ٤٢٢) ،أى أن مرور المدة من شأنه أن يسقط الدعوى كوسيلة للمطالبة بالحق ، ولا يسقط الحق فى ذاته ٠

وينقضى التزام الكفيل بمجرد انقضاء الالتزام المكفول بالتقادم ،

والأصل أن ينقضي الالتزامان بالتقادم في وقت واحد ، الا أنه يمكن أن ينقضي الالتزام الأصلي دون التزام الكفيل اما لأنه نشأ بعد الالتزام الأول ، واما لأنه مضافا الى أجل أبعد ، فعند ذلك تبرأ ذمة الكفيل بتقادم الدين الأصلي بالرغم من عدم تقادم التزامه هو ، لأن براءة ذمة المدين تؤدي الى براءة ذمة الكفيل .

واذا انقطع التقادم بالنسبة للمدين الأصلي ، لم ينقطع التقادم ضد الكفيل ، وتظل مدة تقادم التزامه سارية ، وينقضي باكتمال مدته ، وقد يقف التقادم بالنسبة للمدين الأصلي ، لوجود مانع يتعذر معه على الدائن ان يطالب المدين بحقه ، ولا يوجد هذا المانع بالنسبة للكفيل ، ويترتب على ذلك أن التقادم لا يقف ولا ينقطع بالنسبة للكفيل ، ويتقادم التزامه وتبرأ ذمته قبل تقادم الالتزام الأصلي . وانقطاع التقادم بالنسبة لالتزام الكفيل لا أثر له على سريان التقادم بالنسبة لالتزام المدين .

وتبرأ ذمة الكفيل بمجرد تقادم الدين الأصلي ، ويجوز للكفيل أن يتمسك بالتقادم حتى ولو لم يتمسك به المدين الأصلي بالتقادم حتى ولو تنازل عنه المدين ، لأن هذا التنازل لا ينبغي أن يضر

بالكفيل ،هذا بالاضافة أن للكفيل مصلحة مؤكدة فى التمسك بالتقادم. ويؤكد ذلك نص المادة ٣٨٧ مصرى بقولها : لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ،بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين.

المطلب الثانى

الدفوع الخاصة بعقد الكفالة

ان صفة التبعية للكفالة لاتؤثر على كونها عقدا مستقلا ، يلزم لانعقاده ، شأنه شأن أى عقد من العقود ، الشروط اللازمة لذلك من تراضى ومحل وسبب ومن ثم يجوز للكفيل كطرف فى هذا العقد أن يتمسك بأى دفع يؤدى الى بطلان الكفالة أو بطلانها أو انقضائها طبقا للقواعد العامة .

ويستطيع الكفيل أن يتمسك ببطلان تعهده بالكفالة لانعدام رضائه بها أو لنقص أهليته أو تعيب ارادته ، وله أن يتمسك بعدم حلول التزامه اذا كان مضافا الى أجل لاحق لأجل التزام المدين ، أو بعدم نفاذ التزامه لتعليقه على شرط واقف ، أو لزوال التزامه بسبب تحقق الشرط الفاسخ ، ويستطيع أن يدفع كذلك بانقضاء التزامه بابراء الدائن له أو بالتقادم ولو لم يتقادم الالتزام المكفول ، ويتمسك الكفيل بهذه الدفوع بهدف براءة ذمته قبل الدائن كنتيجة لبطلان التزامه أو انقضائه ولو كان الالتزام المكفول ما زال قائما لم ينقض .

ويمكن للكفيل كذلك أن يستند الى عقد الكفالة اذا كانت كفالته

المتفق عليها فى العقد محددة فى جزء معين من الدين ، ويترتب على ذلك أن مسئوليته تنحصر فى حدود هذا الجزء المكفول من الدين ، فالكفالة يمكن أن تنعقد بشروط أهون من الدين المكفول .

وقد تتحدد الكفالة أيضا بمال معين بالذات ، وتسمى بالكفالة العينية حيث يقتصر التزام الكفيل بالضمان على العين المكفول بها أو ثمنها فقط (م ١٠١٥ يمنى) ، ويترتب على ذلك أن ذمة الكفيل تبرأ نهائيا حتى ولو كان ثمن العين يفى بجزء من الدين فقط ، وليس للدائن أن يطالبه بأكثر من ذلك ويستطيع الرجوع بما تبقى على المدين .

وتبرأ ذمة الكفيل العينى كذلك اذا هلكت العين محل الكفالة لسبب لا يد للكفيل فيه (م ١٠٢٥) ، فهنا ينقضى التزام الكفيل بحكم القانون لاستحالة تنفيذه ، أما ان كان هلاك العين بتعمد الكفيل أو تقصير منه فان الكفالة تبقى بقيمة العين فى سائر أمواله ، وتقدير قيمة العين يكون بأوفر القيم التى وصلت اليها فى الفترة من وقت انشاء الكفالة الى وقت طلبها للتنفيذ عليها ، وهذا هو مسلك المشرع اليمنى فى المادة ١٣١٠ الخاصة بالغصب ، ولا شك أن الكفيل المتعدى تتشدد مسئوليته شأنه شأن الغاصب .

المطلب الثالث

الدفع بالتنفيذ على أموال المدين [1]
(الدفع بالتجريد)

يستطيع الكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب التنفيذ على أموال المدين لاستيفاء حقه، وذلك قبل القيام بالتنفيذ على أمواله، أي أن للكفيل الحق في أن يطلب من الدائن تجريد المدين من أمواله أولا، ثم الرجوع عليه بما تبقى، ويعبر عن ذلك بالدفع بالتجريد.

ويكون من شأن هذا الدفع تأجيل تنفيذ الدائن على أموال الكفيل الى ما بعد الانتهاء من التنفيذ على أموال المدين، فاذا استوفى الدائن حقه من أموال المدين، انقضى التزام الكفيل وتبرأ ذمته، واذا استوفى جزءا من هذا الحق أو لم يستوف شيئا منه، كان له الرجوع على الكفيل بكل الدين أو بما تبقى منه.

ولا يعرف القانون اليمنى هذا الدفع بالرغم من أهميته

---

(1) هذا الدفع خاص بالقانون المصرى ولم ينظمه المشرع اليمنى.

والنص عليه فى كل التشريعات المقارنة لأنه يتفق مع المنطق والعدالة واعتبارات الملائمة .

" فالكفيل جدير بالرعاية لأنه يوفى دينا ليس بدينه بل دين غيره ، ويريد بذلك عادة تقديم خدمة لهذا الغير بكفالته وتقوية ائتمانه ، فيكون من العدل أن يتاح للكفيل أن يطلب من الدائن ، قبل أن يرجع هذا عليه ، أن يتأكد من استحالة تنفيذ المدين لالتزامه ، ولا ضرر فى هذا على الدائن ، اذ هو سيستوفى حقه من الكفيل اذا لم يستوفه من المدين ، ويمكن القول أيضا أن هذه هى النية المفترضة للكفيل ، عندما كفل المدين " .

" ومعنى هذا الدفع فى صورة عملية أن الكفيل يقول للدائن عليك قبل أن تنفذ على أموالى أن تتجه أولا الى أموال المدين فتجرده منها وستجد لديه من الأموال ما يكفى للوفاء بدينك ، ومن العدل ألا يرى الكفيل أمواله تنزع منه ، بينما أموال المدين قائمة لم تمس" .
ويتحقق ذلك " اذا كان المدين موسرا ، ويستطيع الدائن فى يسر أن يقتضى منه حقه ، فلماذا يقهر الكفيل على الوفاء بحق الدائن ليعود هذا الكفيل ، من بعده ، الى اقتضاء ما وفاه من المدين ؟

الا يكون طبيعيا ،وأكثر اتفاقا مع العدالة ،بل وادعى الى اقتصاد الوقت، وتوفير النفقات ،أن يتخذ الدائن اجراءاته ضد المدين ؟ فعنصر الملائمة ،يوجب أيضا الأخذ بهذا الدفع حيث أنه كفى للدائن استيفاء حقه، ولا فرق لديه، بين أن يستوفيه من المدين أو من الكفيل ،وهكذا يجب أن يأتى القانون فى عون أولئك الذين، بالتزامهم عن غيرهم، لا يقصدون أن يكون تعهدهم مصدر خسارة لهم".

ونعرض لدراسة هذا الدفع من خلال تناول شروطه ،والآثار المترتبة عليه، وصورة خاصة للدفع به.

أولا ــ شروط الدفع بالتجريد

تنظم أحكام الدفع بالتجريد المادة ٧٨٨ و ٧٨٩ ، فتنص المادة ٧٨٨ على أنه "١ ــ لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده، الا بعد رجوعه على المدين. ٢ ــ ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريد المدين من أمواله ،ويجب على الكفيل فى هذه، أن يتمسك بهذا الحق".

وتنص المادة ٧٨٩ على أنه " ١ ـ اذا طلب الكفيل التجريد، وجب عليه أن يقوم على نفقته بارشاد الدائن الى أموال للمدين تفى بالدين كله ، ولا عبرة بالأموال التى يدل عليها الكفيل اذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضى المصرية ،أو كانت أموالا متنازعا عليها " .

يمكن أن نستخلص الشروط اللازمة للدفع بالتجريد على النحو التالى :

الشرط الأول : يجب ألا يكون الكفيل قد نزل مقدما عن الدفع بالتجريد :

الدفع بالتجريد حق خاص بالكفيل ،يجوز له أن يتنازل عنه لأنه مقرر لصالحه ، وقد يتم التنازل عن الدفع فى عقد الكفالة ذاته أو بعد ذلك فى اتفاق مستقل ،وقد يكون التنازل فى صورة صريحة أو ضمنية ،ومثال النزول الضمنى سكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد عندما يشرع الدائن فى التنفيذ على أمواله .

ويستخلص النزول الضمنى عن الدفع من ظروف الحال وملابساته ،كتعهد الكفيل بدفع الدين فورا اذا لم يقم المدين

بدفعه عند حلول أجله . وقد يعتبر مجرد السكوت نزولا ضمنيا عن التمسك بالدفع ،وقد ذهب البعض الى اعتبار وسكوت الدائن عند بدء الاجراءات الأولى للمطالبة ضده من قبيل النزول الضمنى ، فيجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع قبل التعرض لموضوع الدعوى .

ولكن محكمة النقض ذهبت الى أن للكفيل غير المتضامن الحق فى ابداء الدفع بتجريد المدين فى أى وقت مناسب ، ما لم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله عنه ، ولا شك فى اتفاق ذلك القضاء مع المبادىء العامة لأن النزول عن الحق لا يفترض ، بل يجب أن يكون مؤكدا ،ويعتبر النزول الضمنى عن الدفع مسألة موضوعية يقدرها قاضى الموضوع .

الشرط الثانى : يجب أن يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد :

الدفع بالتجريد لا يتعلق بالنظام العام ،لذا وجب أن يتمسك به الكفيل ،ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ويثور التساؤل عن الوقت الذى يجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع .

ذهب البعض الى القول بأنه اذا رفعت الدعوى على الكفيل

كان له الحق فى أن يتمسك بالدفع بالتجريد ، فى أية حالة كانت عليها الدعوى ،وانما يجب على الكفيل التمسك بالدفع بالتجريد قبل صدور الحكم النهائى ،فاذا لم يفعل وصدر هذا الحكم بالزامه بالدين ،فلا يعلق تنفيذه على تجريد المدين من أمواله ، وعلى ذلك فان الدفع بالتجريد يتعلق بمرحلة المطالبة القضائية وليس بالتنفيذ .

ويذهب الرأى الغالب الى أن رجوع الدائن على الكفيل يمر بمرحلتين : الأولى هى مرحلة التقاضى ، والثانية مرحلة التنفيذ ، وتختص كل مرحلة بدفع خاص ، فالدفع الخاص بالمرحلة الأولى هو الدفع بعدم قبول الدوى لرفعها على الكفيل أولا ،ويجوز التمسك بهذا الدفع فى أى مرحلة من مراحل الدعوى ، ولا يجوز التمسك به فى مرحلة التنفيذ أى بعد صدور حكم نهائى فى الدعوى . أما الدفع بالتجريد فهو خاص بمرحلة التنفيذ ،حيث يستطيع الكفيل التمسك به فى مواجهة الدائن عندما يشرع فى التنفيذ على أمواله . لذا فان هذا الدفع لا يسقط لعدم التمسك به فى مرحلة التقاضى .

وتعلق الدفع بالتجريد بمرحلة التنفيذ لا يعنى عدم جواز

ابدائه فى مرحلة التقاضى ،بل يجوز للكفيل أن يبديه أثناء نظر الدعوى ،ويترتب على ذلك أنه اذا رفع الدائن الدعوى على الكفيل ، فانه يجوز له التمسك بالدفع بالتجريد ،ويتضمن الحكم الصادر فى هذه الدعوى ،الى جانب الزام الكفيل بالدين ،عدم جواز التنفيذ على أمواله الا بعد تجريد المدين .

الشرط الثالث : الا يكون الكفيل متضامنا مع المدين :

يستطيع الكفيل العادى أن يتمسك بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا ،وله أن يتمسك كذلك بلزوم التنفيذ على أموال المدين أولا ، وهذا هو الحق فى التجريد ، أما الكفيل المتضامن فليس له أن يتمسك بأى من هذين الحقين . فالدائن يستطيع الرجوع على المدين أو الكفيل أو عليهما معا ، ويجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل المتضامن مع المدين أولا .

ويثور التساؤل حول امكانية الاتفاق على احتفاظ الكفيل المتضامن الحق فى التمسك بالدفع بالتجريد .

مما لا شك فيه أنه لا يجوز الاتفاق على احتفاظ الكفيل بالحق

فى التمسك بالتجريد فى كل من الكفالة القضائية والكفالة القانونية لأن الكفيل فيهما يعتبر متضامنا بنص القانون ، وتقتضى طبيعة التضامن فى هذه الحالة حرمان الكفيل من الحق فى الدفع بالتجريد .

أما بالنسبة للتضامن الاتفاقى ، فان البعض يرى عدم جواز منح الكفيل المتضامن الحق فى الدفع بالتجريد لأن ذلك الدفع يتعارض مع طبيعة التضامن ، واحتفاظ الكفيل بهذا الدفع لا يجعله متضامنا فى الواقع . الا أن الرأى الغالب يذهب الى أنه ليس هناك ما يمنع مثل هذا الاتفاق اعمالا لمبدأ سلطان الارادة ، وحرية الكفيل فى التخفيف من التزامه .

وينبغى ملاحظة أن المقصود بالتضامن الذى يمنع الكفيل من التمسك بالحق فى التجريد هو التضامن القائم بينه وبين المدين ، ويترتب على ذلك أنه اذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين ، فليس للكفيل الذى كفل أحدهم أن يطلب تجريده . أما الكفيل الذى يكفل هؤلاء المدينين جميعا فيحق له أن يتمسك بالدفع بالتجريد قبلهم . واذا كان هناك كفيل آخر متضامنا مع المدينين فان الكفيل

الأول لا يحق له أن يطلب تجريده . ومن ناحية أخرى اذا كان التضامن قد تم بين الكفيل وغيره من الكفلاء فلا يمنع أحدهم من التمسك بتجريد المدين لأن هذا التضامن يصنع فقط من تقسيم الدين عند رجوع الدائن على أى منهم .

والحرمان من الدفع بالتجريد بالنسبة للكفيل المتضامن مع المدين لا يؤثر على حق المصدق فى التمسك بهذا الدفع ، فكفيل الكفيل يستطيع التمسك بهذا الدفع سواء بالنسبة للكفيل أو بالنسبة للمدين ، لأن دفوعه مستقلة ، ولا يمكن حرمانه منها الا اذا كان متضامنا ، ولا يمكن افتراض التضامن .

الشرط الرابع : يجب أن يكون الكفيل شخصيا لاعينيا .

تنص المادة ١٠٥٠ على أنه اذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله الا مارهن من هذا المال ، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

مؤدى ذلك النص أن الكفيل العينى ليس له ـ بحسب الأصل

ـ الحق فى التمسك بالدفع بالتجريد ، فهذا الحق خاص بالكفيل الشخصى . وتغلب على النص فكرة الرهن على فكرة الكفالة ، حيث ورد حكمه فى باب الرهن الرسمى ، ويستهدف المشرع من ذلك الحكم ألا يجعل الرهن الذى يقدمه شخص آخر غير المدين أضعف أثرا من الرهن الذى يقدمه المدين .

وقد راعى المشرع فى ذلك المركز الخاص للكفيل العينى حيث تكون مسئوليته عن الدين محددة بالعين التى تضمن الوفاء بهذا الدين المكفول ، فالعين محل الكفالة هى وحدها الضامنة للالتزام الأصلى دون سائر عناصر ذمته المالية ، أما الكفيل الشخصى فتكون أمواله جميعها ضامنة للوفاء بالدين المكفول أى أن الضمان يرد على العناصر المكونة لذمته المالية .

ولكن الحكم المذكور يعتبر ذات طبيعة مكملة ، حيث يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفه ، وينبنى على ذلك أنه اذا اشترط الكفيل الاحتفاظ لنفسه بالحق فى التجريد ، لا يجوز للدائن التنفيذ على العين محل الكفالة قبل الرجوع على المدين وتجريده .

الشرط الخامس : يجب أن يرشد الكفيل الى أموال للمدين تفى بكل الدين :

يجب على الكفيل ، الذى يطلب التجريد ، أن يقوم على نفقته بارشاد الدائن الى أموال للمدين تكفى للوفاء بالدين كله .

ويتخلف هذا الشرط فى حالة افلاس المدين أو اعساره ، حيث لا يستطيع الكفيل ، فى هذه الحالة ، أن يرشد الدائن الى أموال للمدين تفى بكل الدين ، وكذلك الحال اذا كان المدين ظاهر الافلاس أو الاعسار أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين . وتطبيقا لذلك قضى بأنه فى حالة افلاس المدين ومصالحته مع الدائنين على جزء معين يدفعه من الدين ، يكون ذلك دليلا كافيا على أنه ليس له أموال أخرى يمكن الرجوع عليها ، فلا يجوز للكفيل الدفع بالتجريد .

ويقع على الكفيل عبء اثبات وجود أموال للمدين صالحة وكافية للوفاء بكل الدين ويقوم بارشاد الدائن الى هذه الأموال على نفقته ، ومن أمثلة هذه النفقات مصروفات استخراج صور لمستندات ملكية المدين للأموال التى أرشد عنها ، ومصروفات الشهادات

العقارية الخاصة بهذه الأموال . ويجد هذا الحكم تبريره فى أن الكفيل هو الذى يستفيد من هذا الارشاد ، هذا فضلا عن أن مصروفات التجريد سيرجع بها الدائن على الكفيل ، فلا محل لالزامه بدفعها مقدما ،وبوجه خاص لأن مقدار هذه المصروفات يصعب عملا تعيينه من قبل . ولهذا رؤى الاكتفاء بالزام الكفيل بارشاد الدائن الى أموال للمدين تفى بالدين كله ، وبأن يتحمل نفقة هذا الارشاد .

ويشترط فى الأموال التى يجب أن يرشد عنها الكفيل عدة شروط هى :

١ ـ أن تكون الأموال مملوكة للمدين ،فالأموال غير المملوكة للمدين لا يعتد بها ولو كانت فى حيازته لأنها لا تدخل الضمان العام للدائنين ولا يمكن التنفيذ عليها ،ولا يعتد بالارشاد عن أموال الكفلاء الآخرين ،أو باقى المدينين المتضامنين مع المدين الذى يكفله .

٢ ـ أن تكون هذه الأموال قابلة للحجز عليها ،وهذا الشرط يتفق مع الغاية من الارشاد ، ألا وهو التنفيذ على هذه الأموال

بهدف استيفاء الدين .

٣ ـ أن تكون الأموال كافية للوفاء بكل الدين ، فلا يكفي أن يكفي الأموال للوفاء بجزء من الدين أو حتى بمعظمه ، فاذا كانت الأموال التي يرشد عنها الكفيل لا تكفي لسداد كل الدين ، فانه لا يجوز التمسك بالدفع بالتجريد .

والعبرة بقيمة الأموال الصافية لمعرفة مدى كفايتها للوفاء بالدين ، سواء تمثلت في عقارات أو منقولات . فلا تصلح الأموال المحملة بحقوق تجعل الصافي من قيمتها غير كاف لسداد الدين . فاذا كان مال المدين مثقلا بحقوق عينية كرهن أو اختصاص أو امتياز ، وجب ألا يحسب من قيمة هذا المال الا ما يبقى بعد خصم قيمة هذه الحقوق العينية .

ويعلل الفقه هذا الشرط بأنه اذا كانت أموال المدين لا تفي بالدين كله ، اضطر الدائن عند التنفيذ عليها أن يقبل وفاء جزئيا لحقه . ولا يجوز اجبار الدائن على أن يقبل هذا الوفاء الجزئي ، أضف الى ذلك أن الحكمة من التجريد هي منع تكرار التنفيذ ، ولما كان المال غير كاف ، فهذه الحكمة لن تتحقق ، وبالتالي يمتنع

التجريد ، حيث سيضطر الدائن الى التنفيذ من جديد علـــى الكفيل ،فتتعدد الاجراءات •

٤ ــ أن تكون الأموال موجودة فى مصر ، وذلك لتجنب ارهاق الدائن من خلال مباشرة اجراءات طويلة معقدة فى حالة وجـــود الأموال خارج اقليم الدولة • ولا يلزم بعد ذلك وجود هذه الأموال فى جزء معين من اقليم الدولة ،فلا يشترط أن تكون الأموال موجودة فى مكان الوفاء بالدين أو فى موطن المدين •

٥ ــ يجب ألا تكون الأموال غير متنازع فيها ، " لأن الأمـــوال المتنازع عليها غير مأمونة العاقبة فقد يسفر فض النزاع عن أنها غير مملوكة للمدين ،وهى على كل حال يصعب التنفيذ عليها اذ يقتضى النزاع فيها غالبا التقاضى وما يترتب عليه من اجراءات طويلـــــة ومعقدة " •

فالارشاد الى أموال متنازع فيها يقتضى من الدائن فـــى البداية تصفية هذا النزاع وفى ذلك ارهاق كبير له ،وقد يفاجـــأ عند التنفيذ بتعطيل الاجراءات أو الغائها بسبب استحقاق المال لشخص آخر غير المدين ،مما يعرضه لخطر عدم استيفاء حقه كاملا ،

لذا أراد المشرع تجنيب الدائن مباشرة اجراءات شاقة للتنفيذ على هذه الأموال المتنازع عليها .

ويكون المال متنازع عليه اذا كانت هناك دعوى مرفوعة فى شأنه ، أو كان محلا لنزاع جدى . ويدخل فى حكم المال المتنازع عليه الأموال التى تستلزم للتنفيذ عليها اجراءات طويلة وصعبة حتى ولو لم يكن هناك نزاع بشأنه لتوافر نفس الحكمة ألا وهى تجنيب الدائن مشقة الارهاق فى مباشرة هذه الاجراءات . ومن أمثلة هذه الأموال المال الشائع حيث لا يمكن التنفيذ عليه الا بعد الفصل فى دعوى القسمة والمال المثقل بحق عينى كرهن أو امتياز أو اختصاص ، وذلك بسبب صعوبة التنفيذ عليه وما يستتبع ذلك من التوزيع بحسب درجات الدائنين فلا يبقى منه سوى قيمة ضئيلة قد لا تكفى للوفاء بالدين .

ثانيا ـ آثار الدفع بالتجريد

يترتب على توافر شروط الدفع بالتجريد وقبول المحكمة له عدة نتائج قانونية هامة تتمثل فى :

١ ـ عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل :

يترتب على قبول الدفع بالتجريد وقف اجراءات التنفيذ على أموال الكفيل ، بل أن هذه الاجراءات تقف بمجرد ابداء الكفيل للدفع حتى تفصل المحكمة فيه وتسقط الاجراءات التى يكون الدائن قد اتخذها قبل الدفع بالتجريد ، وتبطل كل الاجراءات التى تتخذ فى سبيل التنفيذ على أموال الكفيل ، سواء تعلق الأمر بمرحلة التقاضى ، اذا تم التمسك بالدفع أثناء سير الدعوى ، أو بمرحلة التنفيذ اذا تم التمسك به عند شروع الدائن فى التنفيذ عن طريق الاستشكال فى التنفيذ .

وتطبيقا لذلك ، يلغى مثلا حجز ما للكفيل لدى الغير ويجب رفعه ، ويلغى التنبيه بنزع الملكية الذى أتخذ على عقار للكفيل وتزول آثاره ، وتلغى اجراءات الحجز التنفيذى على منقولاته ، ولا تقع المقاصة بين التزام الكفيل والتزام آخر فى ذمة الدائن له .

ولكن وقف اجراءات التنفيذ لا يمنع الدائن من اتخـــــاذ الاجراءات التحفظية على أموال الكفيل ،مثال ذلك قيد رهن لصالح الكفيل أو تجديد هذا القيد ، والحصول على اختصاص على عقار للكفيل ، وطلب وضع الأختام على تركة الكفيــل اذا مات .

٢ ــ الزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التى أرشد عنها الكفيل .

ينبغى على الدائن أن يبادر الى اتخاذ اجراءات التنفيــذ فى مواجهة المدين ، والا تحمل نتيجة اعسار المدين اذا تراخى فى التنفيذ على أمواله ،وينص المشرع على ذلك صراحة فى كل الأحــوال التى يدل فيها الكفيل على أموال المدين ويكون الدائن مسئولا قبل الكفيل عن اعسار المدين الذى يترتب على عدم اتخاذه الاجراءات اللازمة فى الوقت المناسب .

ويجب على الدائن أن يبذل فى اتخاذ هذه الاجراءات عنايــة الرجل المعتاد ، وهو يتحمل مغبة تقصيره وتراخيه ،اذا أعســـر المدين وأصبحت أمواله غير كافية للوفاء بالدين بعد أن كانت كافية

عندما أرشده الكفيل عنها .

" فاذا دل الكفيل على منقولات للمدين ،وتباطأ الدائن في اتخاذ اجراءات التنفيذ عليها حتى تمكن المدين من اخفائها أو تهريبها أو تبديدها ،كان الدائن مسئولا عما كان يحصل عليه من ثمن هذه المنقولات لو أنه اتخذ اجراءات التنفيذ بمجرد ان دل عليها الكفيل ، لأن سهولة تهريب المنقولات تقتضي اتخاذ اجراءات سريعة للتنفيذ عليها ، ولو أن الكفيل دل على عقار للمدين في يد الغير ، وتباطأ الدائن في اتخاذ الاجراءات لقطع التقادم المكسب حتى تكاملت مدة هذا التقادم وملك الغير العقار بهذا السبب من أسباب كسب الملكية ، كان الدائن مسئولا نحو الكفيل عما كان يحصل عليه من التنفيذ على العقار لو أنه قطع التقادم وقام بالتنفيذ على العقار في الوقت المناسب . ويقع عبء اثبات تقصير الدائن على الكفيل ، وفقا للقواعد العامة ،وليس في كل ما تقدم الا تطبيق للقواعد العامة للمسئولية التقصيرية " .

٣ ـ مسئولية الكفيل عند عدم حصول الدائن على حقه كاملا :

اذا اتخذ الدائن الاجراءات التنفيذية على مال المدين في

الوقت المناسب ، فان ذلك يؤدى عادة الى حصوله على حقه ،
الا أنه من المتصور عدم استيفاء الدائن لحقه كليا أو جزئيا ، بالرغم
من قيامه بالاجراءات التنفيذية على الوجه المعتاد ، لسبب أجنبى
لا يد له فيه ،فقد يظهر دائنون عاديون للمدين يزاحمون الدائن
ويقاسمونه ثمرة التنفيذ مما يؤثر على كفاية الأموال للوفاء بالدين .
وقد تنخفض قيمة أموال المدين عند التنفيذ عليها نتيجة لتقلبات
السوق . أو يتضح أنه قد تم تقدير هذه الأموال بأكثر من قيمتها ،
فى هذه الأحوال لا يستوفى الدائن حقه بالكامل ،ولا يرجع ذلك
الى خطئه .

ويترتب على ذلك أن ذمة الكفيل لا تبرأ الا بقدر ما استوفى
الدائن من أموال المدين بعد التنفيذ عليها ،ويكون للدائن أن
يرجع على الكفيل بالباقى من حقه ، ولكن يتعين عليه ،ليقوم بهذا
الرجوع ،أن يثبت أنه نفذ على جميع الأموال التى دل عليها الكفيل ،
وانه لم يحصل من هذا التنفيذ على حقه كاملا ،ويتم اثبات ذلك من
خلال تقديم محاضر الحجز وأوراق التنفيذ .

ثالثا ــ صورة خاصة للدفع بالتجريد

تنص المادة ٧٩١ على أنه اذا كان هناك تأمين عينى خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين ،وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه . ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين ، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل الا بعد التنفيذ على الأموال التى خصصت لهذا التأمين .

يوجب النص على الدائن قبل التنفيذ على الكفيل البدء بالتنفيذ على أى تأمين عينى يكون قد خصص للوفاء بنفس الدين المكفول ،يحق للكفيل أن يطلب من الدائن تجريد التأمين العينى الذى قدمه المدين أولا ،أى أنه يجب على الدائن أن يبدأ بالتنفيذ على المال المحمل بهذا التأمين .

والحكمة من هذا النص واضحة فى أن الكفيل قد راعى عند قبوله الكفالة أن هناك تأمين عينى لضمان الدين ،لأن هذا التأمين كان سابقا على الكفالة أو معاصرا لها ، ويكون قد اعتمد على هذا التأمين فى الوفاء بالدين المكفول ،لذا وجب على الدائن أن يبدأ بالتنفيذ على المال المحمل به .

ويشترط للتمسك بهذا الدفع توافر عدة شروط هى :

١ ـ أن يكون هناك تأمين عينى خصص لضمان الديـــــن ، ويستوى أن يكون هذا التأمين مقررا على عقار أو على منقول ، سـواء كان هذا التأمين قد خصص لوفاء الدين المكفول وحده ، أو مـــع ديون أخرى ، ولا يشترط أن يكون التأمين كافيا للوفاء بكل الديـن أو غير كاف للوفاء به . ويشمل النص كل أنواع التأمين العينى أيـــا كان سند انشائه ، بمقتضى اتفاق كالرهن الرسمى أو الحيازى ، أو بمقتضى نص فى القانون كحق الامتياز . أو بمقتضى حكم القاضـــــى كحق الاختصاص . ولم يشر النص الى هذا الحق صراحة ، الا أن الفقه يجمع عليه ولا يدخل الحق فى الحبس ضمن التأمينـــــات العينية التى يشملها النص .

٢ ـ يجب أن يكون التأمين العينى قد نشأ على مال مملـوك للمدين ، أما اذا كان هذا التأمين مقدما من الغير ، فلا ينطـــبق النص . فاذا كان هناك كفيل عينى قد قدم عقارا أو منقولا لضمـان الوفاء بالدين المكفول ، فان من حق الدائن أن يبدأ بالتنفيـــذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على العين الضامنة للوفاء بالديـن او العكس ، لأن كل من الكفيل العينى والكفيل الشخصى فى مركـز

واحد من حيث المسئولية عن الدين ، واذا وفى أحدهم بالديـن كان له الرجوع على الآخر بقدر نصيبه • وعلى هذا لا يجوز للكفيل الشخصي أن يطلب تجريد الكفيل العيني لأنه مسئول مثله عن وفاء ذات الدين ، ويتفق ذلك مع الأحكام العامة للدفع بالتجريد والحكمة منه التي توجب أن يكون المال المراد التنفيذ عليه أولا مملوكا للمدين .

وبناء عليه يكون من حق الكفيل أن يطلب التنفيذ على العين المملوكة للمدين المخصصة لتأمين الوفاء بالدين ، سواء تمثل ذلك في صورة رهن أو اختصاص ، حتى ولو خرجت هذه العين من ملكيته الى الغير بعد الرهن • ويستطيع الدائن الرجوع على الكفيل بعد ذلك بما تبقى من الدين اذا لم يكف المال المرهون للوفاء به • ويقتصر حق الكفيل على طلب تجريد المدين وليس الكفيل العيني •

٣ ــ أن يكون التأمين العيني قد نشأ قبل الكفالة أو وقت ابرامها ، لأن هذا التأمين يكون الكفيل قد وضعه في اعتباره عند قبول الكفالة ، أما التأمين العيني المتأخر عن عقد الكفالة فليس من حق الكفيل أن يطلب التنفيذ عليه أولا ، لأنه لا يكون قد

اعتمد عليه لحظة قبوله ضمان الدين ٠

٤ ـ يجب أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين ،فليس للكفيل المتضامن الحق فى التمسك بالدفع بالتجريد سواء على كل أموال المدين أو على المال المخصص للوفاء بالدين فى صورة تأمين عينى ٠ويكون للدائن التنفيذ على أموال الكفيل المتضامن قبل التنفيذ على المال المثقل بتأمين عينى لضمان الدين المكفول ،فالكفيل المتضامن ينزل منزلة المدين المتضامن ،ويقتضى منطق التضامن جعل الكفيل فى مركز المدين الأصلى ٠

٥ ـ يجب أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع ، لأننا بصدد حق مقرر لمصلحة خاصة ولا يتعلق بالنظام العام ،لهذا لا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، بل بناء على تمسك الكفيل به سواء فى مرحلة التقاضى أو فى مرحلة التنفيذ ٠ويجوز للكفيل أن يتنازل صراحة أو ضمنا عن التمسك بهذا الدفع ٠

أثر الدفع :

اذا توافرت الشروط المذكورة وتم قبول الدفع من قبل المحكمة فانه تترتب نفس الآثار التى تترتب على الدفع بالتجريد بصفة عامة ٠

ومن ثم يلتزم الدائن بالتنفيذ على التأمين العيني . ويبطل كل اجراء يتخذه للتنفيذ على أموال المدين قبل ذلك .

الا أنه يجدر الاشارة هنا أن الأخطار التى تنتج عن اهمال الدائن فى التنفيذ لا تعرض هنا لأن افلاس المدين أو اعساره لا يؤثر على استيفاء الدائن لحقه من التأمين العيني لأن المرتبة التى يكتسبها على المال المحمل بهذا التأمين تضمن وقايته من آثار الافلاس أو الاعسار .

المطلب الرابع

الدفوع المتعلقة بالتزامات الدائن (١)

فرض المشرع على الدائن عدة التزامات فى مواجهة الكفيل حتى يضمن هذا الأخير الرجوع على المدين بما وفاه ، فيجب على الدائن اتخاذ اجراءات معينة تضمن للكفيل استيفاء حقه عند رجوعه على المدين ، ويرتب القانون على اخلال الدائن بهذه الواجبات براءة ذمة الكفيل كليا أو جزئيا أو أحقيته فى الامتناع عن تنفيذ التزامه ٠

أولا

اضاعة التأمينات بخطأ الدائن

تنص المادة ٧٨٤ على أنه : ١ ـ تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من الضمانات ٠ ٢ ـ ويقصد بالضمانات فى هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة وكل تأمين تقرر بحكم القانون ٠

اذا كان الدين المكفول مضمونا بتأمينات أخرى كرهن مثلا ، وتسبب الدائن فى اضاعتها بخطئه ٠ فانه يتحمل نتيجة تقصيره ، وتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن منها ، أى بقدر الضرر

(١) هذه الدفوع نظمها القانون المصرى ٠ولم يرد لها ذكر فى القانون اليمنى

الذى لحق الكفيل بسبب ضياع هذه التأمينات التى تضمن له الرجوع على المدين لاستيفاء ما دفعه للدائن .

" وتكمن الحكمة التى أملت هذا النص فى وجهين : الأول ان الدائن بفعله هذا يعتبر قد أضر بالكفيل ، ذلك أن الكفيل متى أوفى للدائن فانه يحل محله ، ويرجع على المدين ، بشروط معينة ، بدعوى الحلول التى يستفيد فيها بكل ما كان يضمن حق الدائن . فاذا كان هذا الأخير قد أضاع تأمينا من بين هذه الضمانات فسوف يكون من شأن ذلك اضعاف فرصة الكفيل فى استيفاء حقه كاملا من المدين ، واذن وجب أن يتحمل الدائن نتيجة ما فعل . أما الوجه الآخر فهو أن الدين كما تضمنه الكفالة ، يضمنه تأمين آخر ، ومسلك الدائن فى اضاعة هذا التأمين ، والرجوع على الكفيل وحده ، مسلك لا يأتيه الرجل المعتاد فيتحمل مغبته " .

ويختلف الفقه فى بحث الأساس القانونى لهذا النص . فهناك من يرى أن الدائن يلتزم ، رعاية لمصلحة الكفيل بالمحافظة على التأمينات الضامنة لوفاء الالتزام المكفول به ، وجعل الشارع سقوط حق الدائن فى الرجوع على الكفيل ، بقدر الضرر الذى أصاب هذا

الأخير ، جزاءا على الاخلال بذلك ، وتصبح الكفالة على هذا النحو ، عقدا ملزما للجانبين ، وليس فقط لجانب واحد .

ويذهب الرأى الغالب الى الاعتراض على هذا التكييف ، الذى يمسخ طبيعة الكفالة ويجعل منها عقدا ملزما للجانبين ، لا يتفق مع الحقيقة ، فالعقد لا يعتبر ملزما للجانبين الا اذا كانت الالتزامات المتبادلة فيه يعتبر كل منها مقابلا للالتزام الآخر ، أو ، وفقا لتعبير الفقه ، سببا له ولا يمكن القول بأن الكفيل يلتزم بوفاء الالتزام لأن الدائن سيحافظ له على التأمينات التى تضمنه ، فسبب التزام الكفيل يكمن فى العلاقات القائمة بينه وبين المدين . والحقيقة ، كما يرى البعض الآخر ، ان الكفالة عملية مركبة تربط بين أشخاص ثلاثة ، ولا يمكن لأحدهم ، أو لاثنين منهم ، أن يسوءا مركز الثالث فكما لا يجوز باتفاق بين الدائن والمدين ، أن يزيدا فى عبء الدين على الكفيل ، بل يظل اتفاقهما غير نافذ فى مواجهته ، وكما لا يجوز للمدين أن يسوى مركز الكفيل بعدم التمسك بدفوعه أو بالنزول عنها ، بل يبقى للكفيل حقه فى الاحتجاج بها ، وكما لا يجوز للكفيل أن يسوىء مركز المدين بعدم التمسك بدفوع تتعلق بالدين المكفول

به ، بل يجوز للمدين أن يدفع بها رجوعه عليه ، فكذلك لا يجـــوز للدائن أن يسوىء مركز الكفيل باضاعة التأمينات التى تضمن رجوعه على المدين ،بل تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمين . وعلى ذلك ،لا تعدو محافظة الدائن على التأمينات أن يكون شرطا وضعه القانون لرجوع الدائن على الكفيل " .

شروط الدفع :

يشترط لصحة التمسك بهذا الدفع حتى يرتب أثره فى براءة ذمة الكفيل عند تسبب الدائن بتقصيره فى اضاعته التأمينات التى تضمن الدين المكفول ،عدة شروط:

١ ـ اضاعة تأمين خاص :

يقصد بالتأمينات موضوع ذلك الحكم كل التأمينات الشخصيـة والعينية سواء كان مصدرها الاتفاق أو القضاء أو القانون ،ويدخل فى ذلك الكفالة والتضامن ،الرهن الرسمى أو الحيازى ، الاختصاص ، الامتياز ، ويستوى أن يكون التأمين الخاص مقدما من المدين أو من غيره . ويشمل الحكم كل تأمين يخصص لضمان الدين سواء كـــان

موجودا وقت ابرام الكفالة أو تقرر بعدها ٠

ولا يشترط أن يكون التأمين الخاص ،موضوع تطبيق النص، من التأمينات المسماه ، بل يكفى أن يكون ضمانا خاصا أو ميزة خاصة ، مثال ذلك تنازل الدائن عن حقه فى استيفاء الدين مقدما ،كما لو تنازل المؤجر عن حقه ،المتفق عليه فى العقد ، فى تقاضى الأجرة مقدما ،هنا يحق للكفيل الذى كفل المستأجر أن يتمسك ببراءة ذمته بسبب اضاعة المؤجر للضمانة الخاصة المقررة له ٠

ولا ينطبق النص اذا كان الدائن لم يتسبب بخطئه فى اضاعة تأمين خاص،بل تسبب فى فوات فرصة الحصول على هذا التأمين ، كما لو أغفل الدائن عمدا أو اهمالا الحصول على تأمين يضمن الوفاء بالدين المكفول ٠ فليس للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته بسبب تقصير الدائن فى الحصول على هذا التأمين ٠ مثال ذلك عدم مطالبة المؤجر للمستأجر بوضع منقولات بالعين المؤجرة تكفى للوفاء بدين الأجرة لمدة سنتين أو لمدة الايجار ان قلت عن ذلك ، حتى يكون له امتياز على هذه المنقولات (م ٥٨٨ ، ١١٤٣) ، واهمال المؤجر فى المطالبة بهذا الحق لا يدخل ضمن حالات تطبيق النص موضوع الدراسة ٠

ولا ينطبق النص كذلك فى حالة اهمال الدائن المحافظة على الضمان العام ، فلا يعتبر الدائن قد أضاع تأمينا خاصا يؤدى الى براءة ذمة الكفيل ، اذا أهمل فى المحافظة على التأمين العام المقرر له على أموال مدينه ، كما لو أهمل فى مطالبته بالدين أو منحه أجلا قبل اعساره أو تقاعد عن رفع الدعوى البوليصية عليه . وبناء عليه ، فما يحاسب عليه الدائن هو الضمان الذى كان موجود [illegible] *ما الضمان الذى فى امكانه أن يحصل عليه ولكنه لم يفعل ، فلا يستطيع الكفيل أن يعتمد على هذا الفعل السلبى ليصل الى التخلص من الكفالة وتبرئة ذمته .

ولكن أليس من الممكن مساءلة الدائن عن هذا التقصير ؟

ذهب البعض الى امكان تأسيس مسئولية الدائن عن اضعاف الضمان العام على قواعد المسئولية التقصيرية . وتعبر المذكرة التفسيرية عن ذلك الاتجاه بقولها : " قد تصدر من الدائن أعمال ايجابية ، كتنازله عن حجز تنفيذى أو تحفظى ، أو حجز مال مدينه لدى الغير ، أو اجراءات التنفيذ العقارى ، أو وضع أموال المدين تحت الحراسة ، أو ايداع المبالغ الناتجة من بيع المنقولات فى

خزينة المحكمة ، أو اعمال سلبية ،كعدم قيامه باتخاذ اجراء تنفيذى أو تحفظى لا يستطيع الكفيل القيام به لجهله اياه أو لعدم وجود المستندات اللازمة لاجرائه ،وكذلك عدم التقدم فى التوزيع ، أو سقوط الحق بسبب التأخر أو الاهمال فى القيام باجراء معين أو ابراز مستند ما ، لا يترتب عليه ضياع التأمينات ،ولكنها ، مع ذلك ، تؤثر فى حق الكفيل فتضيعه أو تنتقص منه ، فان الدائن يكون مسئولا عنها طبقا لقواعد المسئولية ما دام قد ترتب عليها ضرر الكفيل " • وقد كان فى ذيل المادة ٧٨٥ عبارة تقرر هذا الحكم ،غير أنها حذفت لأن فى القواعد العامة للمسئولية التقصيرية ما يغنى عن المعنى الذى قصدت هذه العبارة الى استظهاره • وبناء عليه فانه يمكن مطالبة الدائن بالتعويض اذا شكلت سلبيته فى المحافظة على الضمان العام • خطأ طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية •

ويذهب الرأى الغالب أنه يمكن مساءلة الدائن ،عن تقصيره طبقا للقواعد العامة فى المسئولية العقدية لأن الدائن يلتزم بتنفيذ العقد القائم بينه وبين الكفيل بحسن نية ومقتضى ذلك أن يحافظ على ضمانه العام فى مواجهة المدين ،فاذا قصر فى ذلك وترتب على تقصيره اعسار المدين ،جاز للكفيل أن يطالب بالتعويض،

وللقاضى أن يقرر براءة ذمة الكفيل من دينه كله أو بعضه لأن القاضى هو الذى يختار طريقة التعويض تبعا للظروف (م ١٠٧١) . ويؤكد بعض أنصار هذا الاتجاه أن مسئولية الدائن فى هذا الصدد تجاه الكفيل لابد أن تنشأ عن عقد الكفالة ، ولا يكون الدائن مسئولا عن اضعافه الضمان العام الا اذا التزم بمقتضى بنود الكفالة بالمحافظة عليه .

٢ ـ أن يكون التأمين قد ضاع بخطأ الدائن :

يكون الدائن مسئولا عن اضاعة التأمين الخاص بخطئه ، ويتمثل خطأ الدائن فى السلوك المغاير لما يجب أن يقوم به الرجل المعتاد فى المحافظة على التأمينات الخاصة التى تضمن استيفاء حقه ، وقد يتخذ سلوك الدائن الخاطئ مظهرا ايجابيا أو مظهرا سلبيا .

ومن التطبيقات التى يوردها الفقه كأمثلة للسلوك الايجابى الخاطئ الصادر من الدائن ، ابرائه كفيلا آخر أو مدينا متضامنا مع المدين ، نزوله عن رهن ترتب لمصلحته ، أو عن حيازة مال محبوس ، أو نزوله لدائن متأخر عن مرتبته فى الرهن .

ومن أمثلة السلوك السلبى الخاطئ للدائن ، " اهماله فى المحافظة على التأمينات المقررة لضمان حقه ،كعدم قيده الرهن ، أو عدم تجديد قيده ،أو تركه الأموال الواقع عليها امتيازه أو رهنه تباع من غير أن يطالب بحق أوليته على الثمن ،أو تركه العقار المرهون تنزع ملكيته ،ويرسو مزاده بثمن بخس دون اخطار الكفيل ، فقوت عليه فرصة التقدم للمزايدة والعمل بذلك على أن يرسو المزاد بقيمته الحقيقية أو يرسو عليه ، أو عدم توقيعه الحجز التحفظى على حاصلات العين المؤجرة مما ترتب عليه ضياع حق الامتياز الذى يقرره القانون عليها لمصلحته ،أو تركه الراهن يضعف الرهن بهدم العقار المرهون أو ازالة أشجار الحديقة المرهونة أو باستئجاره له لمدة طويلة " .

وتبرأ ذمة الكفيل اذا أضاع الدائن التأمين الخاص بسبب الخطأ المنسوب له شخصيا ،سواء صدر منه شخصيا أو ممن ينوب عنه كوكيله (المحامى مثلا) ، أو ممن هو مسئول عنه كتابعه ،وعلى العكس من ذلك لا يسأل الدائن عن ضياع التأمين الخاص بقوة قاهرة (هلاك العين المرهونة بسبب أجنبى مثلا) ، أو بفعل الغير أو بفعل المدين أو الكفيل .

٣ ــ يجب أن ينجم عن خطأ الدائن ضرر يلحق الكفيل :

يجب أن يثبت الكفيل ان اضاعة الدائن للتأمين الخاص بخطئه ، قد أصابه بضرر • ويتحقق الضرر فى كل حالة يكون فيها التأمين الضائع ذا قيمة ، فضياع التأمين الذى له قيمة نصيب الكفيل بالضرر بسبب تقليل احتمالات حصوله على حقه بعد الوفاء للدائن • والعبرة بقيمة التأمين بصرف النظر عما اذا كان المدين موسرا ، وعما اذا كانت هناك تأمينات أخرى •

ويكون التأمين عديم القيمة ولا يترتب على ضياعه اصابة الكفيل بضرر ، وعدم أحقيته بالتالى فى التمسك ببراءة ذمته قبل الدائن اذا كان هذا الأخير قد تنازل عن رهن ظاهر البطلان ، أو عن رهن متأخر فى المرتبة بحيث لا يسعفه أصلا فى تقاضى حقه ، أو عن حق اختصاص لا تكفل مرتبته الاشتراك فى ثمن العقار ، أو اذا نزل عن امتياز فى مقابل رهن يساويه أو يزيد فى القيمة عليه ، أو اذا قبل ، بدل التنفيذ على المنقول المرهون ، بيعا وديا بثمن المثل ، أو نزل عن كفيل معسر ، أو استبدل الكفيل بآخر يماثله فى اليسار ، فى هذه الأحوال لا يحق للكفيل أن يدعى ضررا اصابه بسبب فعل

الدائن ، ومن ثم لا يحق له أن يتمسك ببراءة ذمته .

ولا تبرأ ذمة الكفيل الا بقدر التأمين الذى اضاعه الدائن أى بقدر الضرر الذى أصاب الكفيل . ويطلب الكفيل براءة ذمته بمقدار ما أصابه من ضرر ، وعليه يقع عبء اثبات هذا الضرر الذى يجب أن يكون محققا وليس مجرد ضرر محتمل . فاذا نزل الدائن عن رهن على عقار مساو لربع الدين ، فان ذمة الكفيل لا تبرأ الا فى حدود الربع ، واذا أبرأ الدائن أحد الكفلاء الثلاثة المتضامنين ، فان ذمة الكفيلين الآخرين لا تبرأ الا فى ثلث الالتزام المكفول .

٣ ـ يجب أن يتمسك الكفيل بالدفع أى ببراءة ذمته :

يجب أن يتمسك الكفيل باضاعة الدائن للتأمينات بخطئه ، والحكم ببراءة ذمة الكفيل نتيجة لذلك لا يقع بقوة القانون لأن الأمر لا يتعلق النظام العام ، بل بمصلحة خاصة هى مصلحة الكفيل ، لذا وجب عليه التمسك بهذا الدفع ، ولا تستطيع المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . ويجوز للكفيل ابداء الدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو أمام المحكمة الاستئنافية ، الا أنه لا يجوز له التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض . وغالبا ما يتمسك الكفيل

ببراءة ذمته فى صورة دفع يدفع به مطالبة الدائن له بالوفـــاء بالدين المكفول ، ويجوز له أيضا أن يرفع دعوى مبتدأة على الدائن ليطالب فيها بانقضاء التزامه بالكفالة .

ولما كان انقضاء التزام الكفيل بناء على خطأ الدائن فى اضاعة التأمين الخاص، أمر لا يتعلق بالنظام العام ،فانه يجوز للكفيل أن يتنازل عن التمسك بهذا الدفع لأنه مقرر لمصلحته ،ويجوز التنـازل فى أى وقت ، بعد تحقق السبب أو قبله أى بعد اضاعة التأمين أو قبله ، بل أنه يجوز التنازل عن الدفع بداية عند ابرام عقد الكفالة .

ويقع على الكفيل ، وفقا للمبادىء العامة فى الاثبات ، عبء اثبات توافر الشروط السابقة توصلا لبراءة ذمته ، ويفترض توافر الضـــرر بمجرد اثبات أن الدائن قد أضاع التأمين بخطئه . ويقع على الدائن عبء اثبات أن التأمين غير ذى قيمة ، وينتفى الضرر بالتبعية لذلك . ويقدر القاضى مدى قيمة التأمين الضائع وكفايته فى الوفاء الكلـــى بكل الدين أو بجزء منه أو عدم كفايته ، ويحكم بناء على ذلك بـــبراءة ذمة الكفيل جزئيا أو عدم براءته .

وقضى تطبيقا لذلك بأن القاضى لا يلتزم ، للحكم ببراءة ذمة

الكفيل ، بأن يستعرض الضرر أو الدليل عليه ، ما دام قد أورد فى حكمه ، أن الدائن ، ولكن البلدية ، هو الذى أضاع الامتياز الخاص المقرر على المبانى ، وعلى انقاضها فى ازالتها ، لدين الضريبة طبقا للمادة ٢٧ من القانون ٥٦/١٩٥٤ ٠

ثانيا

عدم اتخاذ الدائن للاجراءات ضد المدين

تنص المادة ٧٨٥ على أنه : ١ ـ لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر فى اتخاذ الاجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذ ها ٠ ٢ ـ على أن ذمة الكفيل تبرأ اذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من انذار الكفيل للدائن ، ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا ٠

اذا لم يقم الدائن باتخاذ اجراءات التنفيذ على المدين ، فان ذلك لا يستتبع بالضرورة براءة ذمة الكفيل كقاعدة عامة ، الا أن المشرع أجاز ذلك بشروط معينة ٠

لا تبرأ ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن اجراءات التنفيذ

يقرر النص قاعدة عامة فى الشق الأول منه مؤداها أن الكفيل لا تبرأ ذمته لمجرد تأخر الدائن فى اتخاذ الاجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها ، لأن للكفيل الحق فى الرجوع على المدين لمجرد حلول الأجل ،حتى لو مد الدائن الأجل له . ولا تبرأ ذمة الكفيل بسبب ذلك ،حتى ولو أعسر المدين بعد أن كان موسرا وقت استحقاق الدين أو وقت حلول الأجل الأصلى ، ولحق الكفيل ضرر كبير عند رجوعه على المدين ،لأن اطالة الأجل أو اهمال المطالبة ليس اضاعة لتأمين خاص كان يمكن أن يحل فيه الكفيل محل الدائن بعد الوفاء له بالدين المكفول .

وليس أمام الكفيل فى حالة اصابته بضرر ،نتيجة تقاعس الدائن عن اتخاذ اجراءات التنفيذ فى الميعاد ، سوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب خطأ الدائن طبقا للقواعد العامة فى المسئولية المدنية كما رأينا بصدد اضاعة التأمينات .

امكان الحكم ببراءة ذمة الكفيل :

أجازت الفقرة الثانية للكفيل الحصول على براءة ذمته ،فى حالة

تقاعس الدائن عن اتخاذ اجراءات التنفيذ على المدين ، بشـــروط معينة :

١ ـــ يجب أن يقوم الكفيل بانذار الدائن بوجوب اتخـــاذ اجراءات التنفيذ ضد المدين .

٢ ـــ يتم توجيه الانذار عند حلول أجل الدين المكفول . ولا يعتد بالانذار الذى يوجه الى الدائن قبل حلول الأجل لأنـــه لا يجوز المطالبة أو التنفيذ بمقتضى دين مؤجل ، واذن فلكى يقع الانذار صحيحا يجب أن يكون أجل الدين قد حل .

والمقصود بالأجل هنا هو الأجل الأصلى المحدد لســـداد الدين المكفول ، أما الأجل الاضافى الذى يمنحه الدائن للمدين ، بدون موافقة الكفيل ، بعد حلول الأجل الأصلى ، فلا يمنع من صحة الانذار ، لأنه من غير المقبول أن يضار الكفيل بفعل من الدائن . أما اذا كنا بصدد مهلة قضائية ، أى أجل اضافى حصل عليه المدين عن طريق القضاء ، فانه لا يجوز للكفيل أن ينذر الدائن الا بعـــد انقضاء هذا الأجل لأن الدائن لا يستطيع مباشرة اجراءات التنفيذ على المدين قبل نهايته .

٣ ــ تقاعس الدائن عن اتخاذ اجراءات التنفيذ ضد المدين خلال ستة أشهر من انذار الكفيل له ، يوجب المشرع على الدائن البدء فى اتخاذ تلك الاجراءات خلال ستة أشهر من تاريخ وصول الانذار اليه • ويتحقق البدء فى الاجراءات بمباشرة الدائن اجراءات التنفيذ اذا كان بيد سند رسمى بالدين صالح للتنفيذ بمقتضاه ، ويرفع الدعوى لمطالبة المدين قضائيا اذا لم يكن بيده سند واجب التنفيذ •

فاذا لم يتخذ الدائن الاجراءات الواجبة قانونا ضد المدين فى خلال المدة المذكورة ، بعد وصول الانذار ، فان الكفالة تنقضى وتبرأ ذمة الكفيل دون أن ينقضى الدين المكفول ، وهذا الحق مقرر لكل من الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن • ويجوز للكفيل التمسك ببراءة ذمته فى صورة دفع أو دعوى مبتدأة •

الا أنه يجوز للمدين أن يمنع انقضاء الكفالة ، اذا قدم للكفيل ضمانا كافيا ، قبل نهاية الستة أشهر ، ليمكنه استيفاء ما دفعه اذا ما أضطر الى الوفاء بالدين • ويقدر قاضى الموضوع عند المنازعة مدى كفاية هذا الضمان •

ولا يكفى ، لتفادى انقضاء الكفالة ، مجرد قيام الدائن بالبدء
فى اجراءات التنفيذ خلال المدة المحددة ، بل يجب عليه السير
فى هذه الاجراءات على الوجه المعتاد ، أى أنه يلتزم بالمضى
فيها بعناية الرجل العادى ، واذا تلكأ فى متابعة الاجراءات حتى
يعسر المدين أو على نحو يضر بالكفيل ، فانها تعتبر كأن لم تكن
وتبرأ ذمة الكفيل .

ثالثا

عدم تقدم الدائن فى تفليسة المدين

تنص المادة ٧٨٦ على أنه اذا أفلس المدين ، وجب على الدائن
أن يتقدم فى التفليسة بالدين ، والا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل
بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن .

يوجب النص على الدائن ان يتقدم بحقه فى تفليسة المدين ،
للحصول على ما يمكن الحصول عليه من حقه ، ثم يرجع بالباقى على
الكفيل . فاذا قصر الدائن فى اتخاذ هذا الاجراء ، وترتب على
ذلك ضياع فرصته فى استيفاء حقه ، وبعضه ، فهو بذلك يكون قد
ألحق ضررا بالكفيل ، ويقدر هذا الضرر بما كان الدائن يستطيع

الحصول عليه فى التفليسة . وعلى الدائن فى هذه الحالة أن يتحمل نتيجة تقصيره ،فلا يرجع على الكفيل الا بالباقى من حقه بعد خصم ما كان يستطيع الحصول عليه لو أنه تقدم فى التفليسة ، أى أن حقه فى الرجوع على الكفيل يسقط بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن . ويجوز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته فى حدود ما كان يحصل عليه الدائن من تفليسة المدين . فاذا كان من شأن تدخل الدائن أن يستوفى نصف دينه برئت ذمة الكفيل بمقدار هذا النصف .

ويأخذ هذا الدفع نفس احكام الدفوع السابقة من حيث أنه مقرر لكل من الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن ،ويجوز التمسك به فى صورة دفع أو دعوى ، ووجوب التمسك به ،فى أى مرحلة تكون عليها الدعوى ،حيث لا تستطيع المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . ويجوز للكفيل التنازل عنه ، لأنه مقرر لمصلحته الخاصة ،وهو ليس من النظام العام .

رابعـــا

الالتزام بتسليم المستندات للكفيـــل

تنص المادة ٧٨٧ / ١ على أنه يلتزم الدائن بأن يسلم للكفيل وقت وفائه الدين ، المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع .

يقوم الكفيل ، بعد الوفاء بالدين المكفول ، بالرجوع على المدين بما وفاه للدائن ، ويجب على هذا الأخير أن يسلمه وقت وفائـــه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع ، لأن الكفـيل يستطيع أن يرجع على المدين بدعوى الحلول ، أى أنه يحل محـل الدائن فى حقوقه .

وأهم المستندات الواجب تسليمها ، سند الدين المكفـــول الموجود فى يد الدائن ، ومخالصة من الدائن تفيد استيفائه للدين من الكفيل ، حتى يستطيع هذا الأخير الرجوع على المديـــن بموجبها .

واذا امتنع الدائن عن تسليم المستندات ، كان من حـــق الكفيل أن يمتنع بدوره عن تنفيذ التزامه لأن مسلك الدائن ينطوى على اضعاف حق الكفيل فى الرجوع على المدين ولسترداد ما سيوفيه

للدائن . وفى حالة قيام النزاع بصدد أى من الطرفين يبدأ بتنفيذ التزامه ،كان باستطاعة الكفيل ،درءا للشبهة حول تفسير مسلكه ، أن يودع مبلغ الدين خزانة المحكمة ،ويستطيع بعد هذا الايداع القضائى أن يرجع على المدين بعد الحصول على شهادة بذلك تغنيه عن مستندات المدين وعن المخالصة .

خامسا

الالتزام بنقل التأمينات

تنص المادة ٢/٧٨٧ على أنه اذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس ، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل ،اما اذا كان الدين مضمونا بتأمين عقارى ، فان الدائن يلتزم بأن يقوم بالاجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ،ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين .

يوجب النص على الدائن أن ينقل الى الكفيل التأمينات التى تضمن الوفاء بالدين ،وذلك حتى يتمكن من الرجوع بدعوى الحلول على المدين ،أى أنه سيحل محل الدائن فى هذه التأمينات التى

تضمن له استيفاء ما قام بوفائه للدائن • فالمشرع يقرر للكفيل حق الاستفادة من نفس الضمانات التى كانت مقررة للدائن وذلك لضمان استيفاء حقه قبل المدين •

لذا وجب على الدائن بنقل هذه الضمانات للكفيل بعد أن يستوفى حقه منه ، ويتم النقل من خلال اتخاذ الاجراءات التى تتفق وطبيعة الضمان • فاذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عن حيازته للكفيل ، اما اذا كان الدين مضمونا بتأمين عقارى (رهن رسمى أو حق اختصاص) ،فان الدائن يلتزم أن يقوم بالاجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ،كالتأشير بذلك على هامش القيد مع تسليم عقد الرهن أو صورة الحكم الذى قرر حق الاختصاص ،ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين بعد ذلك •

واذا تقاعس الدائن عن القيام بذلك ،كان من حق الكفيل الامتناع عن الوفاء بالالتزام المكفول •

الفصل الثانى

العلاقة بين الكفيل والمدين

اذا وفى الكفيل الدين للدائن ،فله الرجوع على المدين بما وفاه ،وللكفيل فى هذا الرجوع ، الدعوى الشخصية الناشئة عن ذات الوفاء ،ودعوى الحلول لأنه يحل محل الدائن فى حقوقه قبل المدين الأصلى ، هذا بالاضافة الى دعوى المطالبة على أساس الاثراء بلا سبب .

وقد لا تقتصر الكفالة على مدين واحد ،بل تمتد لتشمل عدة مدينين متضامنين ، وقد يكون هناك أكثر من كفيل آخر ، هنا تتشابك العلاقات وتتعدد ،تنقضى الكفالة عندما ينفذ الكفيل التزامه بالوفاء بالدين المضمون ، ولكن يترتب على هذا الوفاء ميلاد التزامات جديدة على عاتق المدين أو الدائنين ،والكفلاء الآخرين ،تنقضى علاقة الكفيل بالدائن ،وتنشأ علاقات جديدة بين الكفيل والمدين من خلال الدعاوى السابقة ،وبينه وبين باقى الدائنين ،وبينه وبين الكفلاء الآخرين ،ونعرض لتلك العلاقات بالترتيب فى المباحث التالية :

المبحث الأول

رجوع الكفيل على المدين بدعوى الاثراء بلا سبب

يجوز للكفيل الرجوع على المدين بدعوى الاثراء بلا سبب طبقا للمبادىء العامة التى يقننها كل من القانون المصرى والقانون اليمنى ، أخذا عن أحكام الشريعة الاسلامية التى تقر مبدأ الالتزام برد الاثراء وعدم جواز كسب أى حق دون سبب شرعى ، وان كل كسب غير مبرر بحكم القانون يكون كسبا غير مستحق وغير مشروع وواجب الرد . ونكتفى هنا بذكر النص ونحيل بصدد الموضوع الى الأحكام الواردة فى النظرية العامة للالتزام .

تنص المادة ٣٧٠ يمنى (٣٢٤ مصرى) على أنه للغير الذى وفى الحق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه الا اذا كان المدين قد اعترض على الوفاء وأثبت أن له مصلحة فى هذا الاعتراض أو كان الغير متبرعا بما وفاه ، ويعتبر الغير متبرعا ما لم يكن قد قام بالتبرع بنيه الرجوع .

يعتبر وفاء الكفيل بدين المدين من قبيل الاثراء حيث تنقص ديون المثرى ، وقد تحقق هذا الاثراء على حساب افتقار الكفيل

الذى دفع الدين ،ويجب لقيام الاثراء أن يكون الدين الذى تم الوفاء به قائما وصحيحا وحالا وواجب الوفاء به ،والا يكون المدين قد اعترض على هذا الوفاء ٠

ويجب أن يكون الاثراء بلا سبب ،أما فى حالة الكفالة فان ما يدفعه الكفيل يكون سببه التزامه بعقد الكفالة ومن ثم لا يكون أمام الكفيل سوى الرجوع على الدائن بدفع غير المستحق ٠

ومن جهة أخرى فان التزام الكفيل يقوم فى الأصل على أساس نية التبرع ،ومن ثم فان وفاءه بالدين يستند الى ذلك ويعد هذا الوفاء سببا شرعيا يحول دون المطالبة برده استنادا الى دعوى الاثراء ٠ لذا فان هذه الدعوى لا تسعف الكفيل فى الرجوع على المدين بما وفاه ،ومن ثم فانه يلجأ عادة الى احدى الدعويين : الكفالة أو الحلول ٠

المبحث الثانـــــى

رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصيـــــة

(دعـوى الكفالـــة)

نظم المشرع المصرى كيفية رجوع الكفيل على المدين بدعـــوى الكفالة ،بخلاف القانون اليمنى الذى اكتفى بتنظيم دعوى الحلول .

تنص المادة ٧٩٨ على أنه : ١ ــ يجب على الكفيل أن يخطــر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ،والا سقط حقه فى الرجوع عـــلى المدين اذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده ، وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه . ٢ ــ فاذا لم يعارض المدين فى الوفاء ، بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفــع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه .

وتنص المادة ٨٠٠ على أنه : ١ ــ للكفيل الذى وفى الديـــن أن يرجع على المدين ،سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغـــير علمه . ٢ ــ ويرجع بأصل الدين والفوائد والمصروفات ، على أنه فى المصروفات لا يرجع الا بالذى دفعه من وقت اجباره المدين الأصلى بالاجراءات التى اتخذت ضده . ٣ ــ ويكون للكفيل الحق فى الفوائد

القانونية على كل ما قام بدفعه من يوم الدفع .

الأساس القانوني للدعوى :

يذهب الفقه التقليدي الى تأسيس هذه الدعوى بحسب ظروف انعقادها ، فاذا انعقدت الكفالة بعلم المدين ، فان الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين ليست الا دعوى الوكالة . حيث يعتبر الكفيل وكيلا عن المدين في الوفاء بالدين وقد تكون الوكالة صريحة ، وقد تكون ضمنية اذا رضي المدين بالكفالة ضمنا أي سكت ولم يعارضها . ويترتب على ذلك أن الكفيل يرجع على المدين بما يرجع به الوكيل على الموكل لأن المدين سبق أن وكله في كفالته ويدفع الدين عنه اذا لم يدفعه هو .

أما اذا عقدت الكفالة دون علم المدين ،أو رغم معارضته ، فان الكفيل يكون فضوليا ، ويستطيع الرجوع على المدين بما وفاه للدائن بموجب دعوى الفضالة وطبقا لأحكامها ، أي أن الكفيل يرجع على المدين بما يرجع به الفضولي على صاحب العمل .

ويذهب الرأي الغالب الى أن الدعوى الشخصية التي يستند

اليها الكفيل ليست سوى دعوى ناشئة عن عقد الكفالة كأية دعوى ناشئة عن عقد آخر ،وهى دعوى مستقلة ومتميزة من حيث أحكامها ونطاق تطبيقها عن كل من دعوى الوكالة ودعوى الحلول ، وتسمى بدعوى الكفالة ،حقا ان هذه الدعاوى فى مجموعها تعتبر دعاوى شخصية وليست عينية كما فى الرجوع بدعوى الحلول ،وتستند الى أساس واحد هو الاثراء بلا سبب ، ومن ثم تتشابه أحكامها فى القواعد العامة ، الا أن هذا التشابه لايمنع استقلال كل دعوى من هذه الدعاوى وتميزها بأحكامها الخاصة بها .

فالكفالة تختلف عن الوكالة لأن المدين عندما يطلب من الكفيل كفالته أو يقبل ذلك لا يقصد بذلك توكيله فى الوفاء نيابة عنه ، ولا يمكن اعتبار الكفيل وكيلا عن المدين ، والا جاز للكفيل أن يتنازل عن الكفالة فى أى وقت يشاء وليس عليه الا أن يخطر الدائن بذلك ، وجاز للمدين أن يعزل الكفيل عن الوكالة فى أى وقت شاء ويمنعه بذلك من رفع الدعوى الشخصية المبنية عليها ،وتلك الأحكام لم يقل بها أحد .

ومن ناحية أخرى لايمكن اعتبار الكفيل فضوليا لأن من أهم

شروط الفضالة توافر صفة الاستعجال في العمل الذي يقوم به الفضولي ، وليس من اليسير القول بأن قيام الكفيل بالوفاء بالدين عن المدين يعتبر أمرا عاجلا . أضف الى ذلك أن الفضولي يقوم بعمل لا يلتزم بالقيام به ، بينما الكفيل يقوم بالوفاء بالدين تنفيذا لالتزامه الناشيء عن عقد الكفالة .

شروط دعوى الكفالة :

يلزم لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الكفالة توافر شروط معينة هي :

أولا — أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته :

يجمع الفقه على أن دعوى الكفالة تقتصر على الحالات التي تنعقد فيها الكفالة دون معارضة المدين ، سواء كانت بعلم المدين أو بغير علمه . وذلك على أساس أن الكفالة تحقق في الغالب مصلحة المدين أو مصلحة الدائن والمدين معا ، لأنها تحقق اطمئنان الدائن الى المدين وثقته فيه ، فيقبل على التعامل معه ويمنحه الائتمان . ويستوى في ذلك الكفيل العادي أو المتضامن ، الكفيل المأجور أو المتبرع ، الكفيل الشخصي أو العيني ، فيحق لكل منهم الرجوع

بدعوى الكفالة ، طالما تمت الكفالة بغير معارضة المدين ،وكانت تحقق مصلحة المدين أو مصلحة المدين والدائن معا •

ويمكن أن تنعقد الكفالة بالرغم من معارضة المدين ،أو لمصلحة الدائن وحده ، دون مصلحة المدين ،كما لو ابرمت بعد نشوء الدين وقبل حلول أجله بقصد خدمة الدائن دون أن يفيد المدين من تقديمها أية فائدة • ليس للكفيل فى هذه الحالة ان يرجع على المدين بالدعوى الشخصية ويقتصر حقه فى الرجوع عليه بدعوى الحلول لأن الدعوى الشخصية دعوى مناصة تمنح للكفيل على أساس أنه يكون قد أسدى خدمة للمدين ،أما اذا تقدم الكفيل لكفالة المدين رغم معارضته ولتحقيق مصلحة الدائن ،فانه يقصد أن يقتصر ، فى رجوعه عليه ،على الحلول محل الدائن فى حقوقه •

ويجيز الفقه ،فى هاتين الحالتين ،للكفيل ،بالاضافة الى دعوى الحلول ،الحق فى الرجوع على المدين بدعوى الاثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة •

ثانيا — قيام الكفيل بالوفاء للدائن :

يجب ، لرجوع الكفيل بالدعوى الشخصية ، أن يقوم بوفاء الدين

المكفول ،والوفاء قد يتم بتقديم الشىء المستحق أصلا ، أو القيام بما يقوم مقامه ،أى قضاء الدين بطريق مشابه بشرط أن يؤدى الى براءة ذمة المدين ،فقد يفى الكفيل الدين بمقابل ، أو بالمقاصة مع حق للكفيل ، أو بالاتفاق مع الدائن على تجديد الدين على نحو يصبح الكفيل مدينا أصليا مع ابراء المدين ، وقد يقضى الكفيل الدين باتحاد الذمة .

فاذا قام الكفيل بالوفاء بكل الدين رجع به على المدين ، ويجوز للكفيل ،اذا لم يف الا بجزء من الدين ،أن يرجع على المدين بما وفاه للدائن ،اذا كانت الكفالة عن جزء من الدين ،أو قبل الدائن منه وفاء جزئيا ، وهنا تختلف دعوى الكفالة عن دعوى الحلول التى يشترط للرجوع أن يكون الوفاء كليا . ويستطيع الدائن أن يرجع فى الوقت نفسه على المدين بما تبقى من حقه ، واذا لم تكن أموال المدين كافية للوفاء لكل من الكفيل والدائن ،فانه يتم تقسيم المال بينهما قسمة غرماء ، اى أن الدائن لا يتقدم على الكفيل فى استيفاء الباقى له من أموال المدين كما هو الحال فى دعوى الحلول .

ثالثا — وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله :

يجب أن يقوم الكفيل بالوفاء بالدين المكفول عند حلول أجله ، فاذا قام الوفاء قبل الميعاد ،لم يكن له الرجوع على المدين الا عند حلول الأجل ،ويفقد حقه فى الرجوع عليه اذا انقضى الدين لسبب ما بين وفاء الكفيل بالدين وحلول الأجل .

والأجل المقصود هنا هو الأجل الأصلى للدين ،فاذا امتد هذا الأجل بالاتفاق أو بناء على حكم المحكمة (نظرة الميسرة) ، فان هذا الأجل الاضافى لايقيد الكفيل ، ويستطيع الوفاء بالدين بمجرد حلول الأجل الأصلى ،ثم يرجع على المدين بالدعوى الشخصية حتى قبل نهاية الأجل الاضافى . واذا نزل المدين عن الأجل الأصلى، فانه يجوز للكفيل التمسك بهذا النزول ، وله أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية اذا قام بوفاء الدين فورا .

رابعا — ألا يكون الوفاء قد حصل بخطأ من الكفيل :

يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية بما وفاه من دين للدائن ، بشرط أن يترتب على هذا الوفاء براءة ذمة المدين ، أما اذا كان الوفاء قد تم بخطأ الكفيل لأن هذا الوفاء لم يكن

واجبا بسبب بطلان مصدر الدين أو انقضائه كليا أو جزئيا ، فانه لا وجه لرجوع الكفيل على المدين بما وفاه .

لذا أوجب القانون على الكفيل أن يخطر المدين ، قبل الوفاء بالدين ، بعزمه على الوفاء به ، فقد تكون لدى المدين أسباب تمنع الوفاء ،وتجعله غير واجب ،وعليه ، فان على المدين أن يبدى اعتراضه على عزم الكفيل على الوفاء خلال مدة معقولة ،وأن يتضمن هذا الاعتراض الأسباب الجدية التى تمنع الوفاء بالدين ،كوجود أسباب تبطل الدين أو تقضيه من غير الوفاء به . ولا يوجد شكل خاص لاخطار الكفيل المدين قبل الوفاء ،أو الاعتراض عليه ،فيمكن أن يتم كل منهما ، بورقة رسمية على يد محضر أو ورقة عرفية بكتاب مسجل أو غير مسجل ،ويجوز أن يكون شفاهة . ويقع عبء اثبات الاخطار على الكفيل ، واثبات الاعتراض على المدين وفقا للقواعد العامة فى الاثبات .

فاذا قام الكفيل بالوفاء دون اخطار المدين ،فانه يتحمل مسئولية ذلك الوفاء ، بحيث اذا أثبت المدين أن هذا الوفاء لم يفده أصلا ،كما لو كان قد وفى بالدين ، أو كانت عنده وقت

الاستحقاق أسباب تقضى ببطلان الدين أو انقضائه ، فليس للكفيل أن يرجع على المدين بشىء بما وفاه ،ويتحمل هو مسئولية وفائه الخاطىء ،واذا أثبت المدين أن وفاء الكفيل قد افاده جزئيا لأنه قد أوفى بجزء من الدين ، ومع ذلك قام الكفيل بوفاء كل الدين ، فان حق الكفيل فى الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية يقتصر على القدر الذى أفاد المدين وهو الجزء الذى لم يكن تم الوفاء به . خلاصة القول ان عدم الاخطار لايفقد الكفيل حقه فى الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية لاستيفاء ما دفعه للدائن ،ولكن هذا الرجوع لايكون الا بالقدر الذى استفاد به المدين من هذا الوفاء ، وعلى ذلك فقد يجد الكفيل نفسه محروما من الرجوع كليا أو جزئيا على المدين وذلك بسبب ما ينسب اليه من خطأ وتقصير ،فالحرمان من الرجوع يعد صورة لتعويض المدين عن الضرر الذى حل به بسبب الوفاء الخاطىء للدين .

واذا قام الكفيل باخطار المدين ،ورد عليه المدين طالبا منه عدم الوفاء مبديا الأسباب الجدية التى تبرر الامتناع عن هذا الوفاء كان على الكفيل أن يمتنع عن الوفاء . فاذا اتخذ الدائن اجراءات المطالبة القضائية فى مواجهته ، كان عليه أن يدخل المدين فى

الدعوى ليبدى فيها ماله من دفوع ، وقد يرى الكفيل عدم جدية اعتراضات المدين ،ويقوم بالوفاء على مسئوليته ،فاذا ثبت بعد ذلك صحة هذه الاعتراضات ، لم يكن للكفيل الرجوع عليه ،ولكن يرجع على الدائن لاسترداد ما دفع دون حق ٠

أما اذا لم يرد المدين على اخطار الكفيل ،أو تراخى فى هذا الرد ، كان الكفيل فى حل من وفاء الدين للدائن ، ولا يمكن أن ينسب اليه تقصير اذا وفى بحق الدائن ، ويكون له أن يرجع بالدعوى الشخصية على المدين لاسترداد ما وفاه ،حتى لو ظهر بعد ذلك أن المدين قد وفى الدين أو كان لديه أسباب تقضى ببطلانه أو انقضائه ،فلا يستطيع المدين أن يحتج بأن وفاء الكفيل لم يكن واجبا أو أن لديه دفوعا يرد بها مطالبة الدائن ،ويتحمل تبعة تقصيره ٠ ويلتزم بأن يدفع للكفيل ما أداه ٠

موضوع دعوى الكفالة :

نقصد بموضوع دعوى الكفالة ما يرجع به الكفيل على المدين اذا استخدم هذه الدعوى فى رجوعه عليه بعد الوفاء بالدين ٠ وطبقا للمادة ٨٠٠/ ٢ ، يرجع الكفيل بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ،

ويمكن تحديد عناصر ما يرجع به الكفيل على المدين فيما يلى :

١ ــ أصل الدين : ويتمثل فى كل المبالغ التى يدفعها الكفيل للدائن لابراء ذمة المدين ، وتتضمن الدين المكفول ، والمصروفات التى ينفقها الدائن فى سبيل الحصول على حقه والتى دفعها الكفيل له •

٢ ــ الفوائد : يكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع ، أى أنه خروجا على القواعد العامة التى تقضى بأن الفوائد القانونية الا من وقت المطالبة القضائية ، فان الكفيل يستحق الفوائد من يوم الدفع كما هو الحال بالنسبة للوكالة والفضالة •

٣ ــ المصروفات : وتشمل نوعين من المصروفات : الأول ، المصروفات التى ينفقها الدائن فى رجوعه على المدين كمصروفات التنبيه ورفع الدعوى • ويدفع الكفيل هذه المصروفات الى الدائن باعتبارها داخله فى أصل الدين •

الثانى : المصروفات التى ينفقها الكفيل فى سبيل الوفاء

بالتزامه ، كمصروفات الارشاد عن أموال المدين حيث يدفع بتجريدها ،ومصروفات المرض الحقيقى والايداع اذا اضطر اليه .

ويدخل فى ذلك مصروفات الاجراءات التى أنفقها الدائن فى رجوعه على الكفيل ،واستيفاء حقه منه ،ويؤدى الكفيل هذه المصروفات مع أصل الدين وملحقاته ،ولكن الكفيل ، لا يرجع على المدين ، من هذه المصروفات ،الا بالذى انفقه من وقت اخباره المدين الأصلى بالاجراءات التى اتخذت ضده ، لأن المدين ،قد يسارع ، عقب اخطاره بها ،الى الوفاء بالغرامة . فيتجنب الكفيل بذلك الاجراءات التى اتخذها الدائن ضده . ويستثنى من ذلك مصروفات المطالبة الأولى التى يقوم بها الدائن للكفيل ،كمصروفات رفع الدعوى على عليه ،فهذه المصروفات يستطيع الكفيل الرجوع بها على المدين لأنها تنفق قبل أن يعلم بها أى قبل أن يصل اليه أى اجراء يوجب عليه اخطار المدين ،ولا يتسنى له بداهة ،اختبار المدين مقدما بها .

٤ ـ التعويض : تعتبر الفوائد التى يلتزم المدين بدفعها للكفيل تعويضا قانونيا ،ولكن هل يجوز للكفيل أن يطالب بتعويض

اضافى عن الضرر الذى يلحقه نتيجة لكفالته ، بعبارة أخرى هل يكون للكفيل المطالبة بالتعويض عن الأضرار غير العادية التى تنتج عن الوفاء بالتزامه ؟ كما لو اضطر الى بيع أمواله بثمن بخس بعد التنفيذ عليها جبرا ، أو ترتب على اجراءات الدائن ضده شهر افلاسه ، أو تعطلت أمواله فى التجارة بسبب ما دفعه للدائن أو بسبب الحجز على أرصدته فى المصارف .

يجمع الفقه على أحقية الكفيل فى الحصول على تعويض ، الا أن البعض يقرر هذا الحق بغض النظر عن سوء أو حسن نية المدين ، أى أن الكفيل يستطيع الرجوع بالتعويض على المدين من الضرر الذى يكون قد أصابه دون خطأ منه ، وذلك قياسا على حق الوكيل أو الفضولى حيث يثبت لهما الحق فى التعويض دون اشتراط توافر الخطأ فى جانب الموكل أو صاحب العمل .

ويذهب الرأى الغالب فى الفقه الى رفض القياس على النصوص الخاصة بالوكيل والفضولى ، لأنها وردت على سبيل الاستثناء على المبادىء العامة التى تقضى بوجوب توافر الخطأ حتى يمكن تعويض الضرر الناجم عنه .

ويجب الرجوع الى القواعد العامة فى هذا الصدد · فقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى يتضمن نصا يجيز للكفيل أن يرجع بالتعويض التكميلى على المدين اذا تجاوز الضرر الذى لحق به الفوائد القانونية ، الا أن هذا النص حذف اكتفاء بتطبيق القواعد العامة · وتقضى هذه القواعد بأنه يجوز للدائن ، أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف الى الفوائد اذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية (م ٢٣١) ·

وتطبيقا لذلك النص فان الكفيل يستطيع مطالبة المدين بالتعويض عن الاضرار التى تزيد عن الفوائد القانونية ، اذا كان المدين قد تسبب فى هذه الاضرار غير العادية بسوء نية ، ويقع على الكفيل عبء اثبات سوء نية المدين · كما لو كان فى وسعه أن يفى بالدين ، الا أنه قام بتهريب أمواله ، مما دفع الدائن الى الحجز على أموال الكفيل وتجميد أرصدته فى المصارف للتنفيذ عليها وترتب على ذلك تعطيل أعماله والاساءة الى سمعته التجارية ·

المبحث الثالث

رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحـــلول

تنص المادة ١٠٢٣ يمنى على أنه اذا أدى الكفيل الدين فى الكفالة المأمور بها من المدين حل محل المكفول له فى مطالبـــة المكفول عليه بالحق ٠

يعد هذا الحكم تطبيقا للقواعد العامة فى الوفاء مع الحـــلول التى تعبر عنها المادة ٢٧٣ يمنى على أنه «يحل الغير الذى وفـى الحق محل الدائن فى استيفاء حقه فى الأحوال الآتية : ١ ــ اذا كان الموفى ملتزما بالحق مع المدين أو ملتزما بالوفاء عنه ، ٢ــ اذا كان الموفى دائنا ، ووفى دائنا آخر مقدما عليه بماله من تأمـــين عينى ولو لم يكن للموفى أى تأمين ٠ ٣ ــ اذا كان الموفى قد اشترى عقارا مخصصا لسداد حقوق معينة أو لضمان هذه الحقوق ووفــى الدائن بها من الثمن ٠ ٤ ــ اذا نص القانون الشرعى على حـق الحلول للغير الذى وفى الدين ٠

يتضح لنا من هذين النصين أن الكفيل عندما يفى بالدين ، ويحل محل الدائن فى الرجوع على المدين بما وفاه بدلا منه ، يأخذ

نفس حكم الموفى بدين على الغير حيث يحق له أن يحل محل الدائن اذا كان ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه ، أى أن حكم المادة ١٠٢٣ يعد تكرارا للمبدأ العام الوارد فى المادة ٢٧٣ ولا يضيف اليه جديدا ،وكان من الممكن الاستغناء عنه واكتفاء بالمبدأ العام .

ولعل الفارق بينهما يكمن فى أن حق الكفيل فى الحلول لا يثبت الا اذا كانت الكفالة مأمورا بها من المدين أى بناء على طلبه ، ومعنى ذلك أن الكفالة التى تتم دون علم أو موافقة المدين لا يثبت للكفيل فيها الحق فى دعوى الحلول طبقا لنص المادة ١٠٢٣ ، الا أنه يستطيع الاستناد الى نص المادة ٢٧٣ ويصل الى نفس النتيجة .

أضف الى ذلك أن النص خاص بكفالة المال أما كفالة الوجه أو البدن ،فان الكفيل لا يستطيع الرجوع بما أداه للدائن على المدين ، من خلال دعوى الحلول التى يحل بها محل الدائن ، الا اذا أمره القاضى بأداء المال تخليصا لنفسه من الحبس ، أى أن حق الرجوع لا يثبت له الا اذا كان وفاءه بالدين بناء على أمر

القاضي ،أما ان قام بالوفاء من تلقاء نفسه ، فانه لا يستطيع الرجوع طبقا للمادة ١٠٢٣ ، الا أنه يستطيع الاستناد الى نص المادة ٢٧٣ ويصل الى نفس النتيجة .

لكل ما سبق كان من الأفضل الاكتفاء بالقواعد العامة التي تنص عليها المادة ٢٧٣ والاحالة اليها ، ولا داعي للتكرار في المادة ١٠٢٣ التي قيدت حق الرجوع وعقدته دون مبرر ، طالما أن النتيجة واحدة في جميع الحالات .

وللأسف فان نفس التكرار قد حدث في القانون المصري بنصوص مماثلة للقانون اليمني . حيث تنص المادة ٣٢٦ مصري على نفس الحكم الوارد في المادة ٢٧٣ يمني . وتنص المادة ٧٩٩ على أنه اذا وفى الكفيل الدين ،كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين ولكن اذا لم يوف الا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه الا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين .

شروط دعوى الحلول :

١ ــ قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين :

يستطيع الكفيل الرجوع بدعوى الحلول على المدين ، اذا

قام بوفاء الدين . ويثبت الحق في هذه الدعوى لكل كفيل سواء كان متضامنا أم عاديا ،شخصيا أم عينيا ، مأجورا أم متبرعا ،ويستوى أن تكون الكفالة قد تمت بعلم المدين أو بدون علمه أو حتى رغم معارضته وذلك على نقيض دعوى الكفالة ،والقانون اليمنى الذى يقصر دعوى الحلول على الكفالة برضاء المدين .

٢ ـ أن يكون الوفاء قد تم عند حلول الأجل :

فاذا قام الكفيل بوفاء الدين قبل حلول الأجل الأصلى بدون موافقة المدين ، لم يكن له أن يرجع بدعوى الحلول الا عند حلول هذا الأجل . ووفاء الكفيل للدين قبل موعده يمكن أن يعرضه لخطر ضياع حقه فى الرجوع على المدين والحلول محل الدائن اذا كان الدين قد انقضى فى المدة بين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة أو اتحاد الذمة مثلا ، أو كانت لدى المدين دفوع تبرىء ذمته من الدين .

ولا يشترط ، فى دعوى الحلول ، اخطار الكفيل للمدين بعزمه على الوفاء ،كما هو الحال فى دعوى الكفالة .

موضوع دعوى الحلول :

يحل الكفيل محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين ، أى أن الحلول يكون فى ذات الحق الذى كان له بماله من خصائص وما يلحقه من توابع ، وما يتبعه من تأمينات ، وما يلحقه من دفوع .
ويمكن استخلاص العناصر التى تشكل موضوع هذه الدعوى من المبادئ العامة فيما يلى :

١ ـ يحل الكفيل محل الدائن فى الحق الذى كان له قبل المدين ، لأنه قام بالوفاء بهذا الحق للدائن . أى أن الكفيل يحل محل الدائن فى حدود القدر الذى أداه له من ماله . فاذا لم يدفع الكفيل سوى جزء من الدين لأن الدائن تنازل عن الجزء الآخر ، فان الكفيل لا يحل محل الدائن الا بالقدر الذى وفاه وليس بالدين المكفول كله . وعلى هذا فان الموضوع الأصلى لدعوى الحلول هو أصل الدين الذى تم دفعه لبراءة ذمة المدين ، ويدخل فى ذلك ما يضطر الكفيل الى دفعه للدائن فى نظير المصروفات التى تكبدها هذا الأخير فى مواجهة المدين .

ومن البديهى أن الدين الذى وفاه الكفيل يجب أن يكون

قائما ،فاذا كان قد زال أو انقضى ،فلا يكون للكفيل ،الذى وفى هذا الدين الغير موجود ، أن يرجع على المدين ،وله أن يرجع على الدائن لاسترداد ما دفعه اليه طبقا لقواعد رد غير المستحق ٠

٢ ــ يحل الكفيل محل الدائن فى حقه بما له من خصائص، سواء نشأت من اتفاق الدائن والمدين ،أم نص عليها القانون ،فاذا كان الدين تجاريا ،فانه ينتقل الى الكفيل بنفس الصفة ،بكل ما تستتبعه هذه الصفة من نتائج ، من حيث الاختصاص وسعر الفائدة والاثبات ٠ويكون للكفيل أن يرفع دعواه على المدين أمام المحكمة التجارية المتفق على اختصاصها بين الدائن والمدين ٠ ويخضع حق الكفيل لنوع التقادم الذى كان يخضع له حق الدائن ،فالحقان من هذه الناحية عبارة عن شىء واحد ٠ ولا يجوز للكفيل أن يرجع على المدين قبل حلول الأجل المحدد بالدين ،سواء أكان هذا الأجل اتفاقيا أم قضائيا (نظرة ميسرة) ٠

٣ ــ ويرجع الكفيل على المدين بأصل الدين وتوابعه ،فاذا كان الدين ينتج فوائد بسعر معين ،فان للكفيل الحق فى تقاضى هذه الفوائد بنفس السعر ، أما اذا لم يكن الدين منتجا للفوائد

فلا يستحق الكفيل شيئا منها غير ما تعطيه له القواعد العامة من فوائد قانونية تبدأ من وقت المطالبة القضائية . ويكون للكفيل الاستفادة مما يكون الدائن قد اشترطه على المدين من شرط جزائى . ويعتبر تابعا كذلك الحق فى الجنس ،فتنتقل العين المحبوسة من الدائن الى الكفيل ،ويكون لهذا الأخير الحق فى حبسها حتى يستوفى الدين من الدائن .

٤ ـ ويحل الكفيل محل الدائن فى حقه بما له من ضمانات سواء أكانت سابقة فى وجودها على الكفالة أو معاصرة لها ،أو لاحقة عليها ومن ثم ينتقل الى الكفيل مع حق الدائن ما يضمن هذا الحق من تأمينات عينية كالرهن وحق الاختصاص وحق الامتياز . ويتم حلول الكفيل محل الدائن فى هذه التأمينات بحكم القانون دون حاجة الى اتفاق بينهما على ذلك ،وللكفيل أن يفيد من التأمين العينى بمرتبته ،ولا يجوز للدائن أن ينزل عن الرهن أو عن مرتبته اضرارا بحق الكفيل الذى حل محله . ولكن يشترط استيفاء الاجراءات التى تلزم لنقل هذه التأمينات الى الكفيل ،كالتخلى عن حيازة المنقول المرهون أو المحبوس ،واجراءات القيد فى السجل العقارى بالنسبة لنقل التأمينات الواردة على العقار .

وقد يكون الحق مضمونا بتأمين شخصي كالكفالة ، أو تعدد المدينين المتضامنين ، ويستطيع الكفيل الموفى أن يعتمد على هذه التأمينات الشخصية لضمان رجوعه على المدين . طبقا لقواعد رجوع الكفيل على الكفلاء الآخرين أو المدينين المتضامنين كما سنرى .

٥ ــ ويحل الكفيل محل الدائن فى حقه وما يتصله من دفوع ، فيستطيع المدين أن يدفع رجوع الكفيل بكل ما كان يستطيع دفع رجوع الدائن به ، كالدفع ببطلان الالتزام ، او البطالة ، أو انقضائه لأى سبب من الأسباب ، ويجوز للمدين كذلك أن يدفع بأن الحق معلق على شرط واقف أو فاسخ ، أو مضاف الى أجل .

<u>موازنة بين دعوى الحلول ودعوى الكفالة :</u>

يمكن اجمال أهم الفروق بين الدعويين فيما يلى :

١ ــ تقتصر دعوى الكفالة على الكفالة التى تتم بعلم المدين ودون معارضة منه ، وان تكون قد تمت لصالح المدين أو لصالح المدين والدائن معا ، أما دعوى الحلول فتكون فى جميع حالات الكفالة ، ولو تمت بغير رضاء المدين ولمصلحة الدائن وحده .

٢ ــ يشترط فى دعوى الكفالة أن يكون الكفيل قد اخطــــر المدين قبل الوفاء بالدين المكفول ، بعزمه على الوفاء ، ولا يشـترط ذلك بصدد دعوى الحلول .

٣ ــ اذا قام الكفيل بالوفاء بجزء من الدين ، فانه يرجع عــلى المدين بالقدر الذى وفاه فقط ، وفى نفس الوقت يرجع الدائن عــلى المدين بما تبقى له أى بالجزء الذى لم يستوفيه بعد . ولا تثور مشكلة اذا كانت أموال المدين تكفى لسداد الاثنين معا . أمــا اذا كانت الأموال غير كافية ، فلا مفر من التزاحم بينهما .

فبالنسبة لدعوى الحلول ، يتقدم الدائن على الكفيل فى استيفاء الباقى من حقه من أموال المدين . أى أن للدائن حق التقـــدم لاقتضاء حقه كاملا ، حتى ولو لم يبق للكفيل شئ . هذا ما لم يكـن هناك اتفاق على غير ذلك . لأننا بصدد حق خاص للدائن يستطيع التنازل عنه .

ويلاحظ أن المفاضلة السابقة تكون بين الكفيل الموفى ، والدائن أما اذا كان الدائن قد استوفى باقى حقه من كفيل آخر ، ورجـــع الكفيلان فى نفس الوقت بدعوى الحلول على المدين ، وقام التزاحـم

بينهما بشأن استرداد كل منهما للجزء الذى دفعه للدائن من الدين ، فان كل منهما يكون فى نفس المرتبة ، ويتقاسما مال المدين بينهما قسمة غرماء .

أما بالنسبة للدعوى الشخصية ، فانه فى حالة التزاحم بين الكفيل الموفى والدائن ، يتم تقسيم المال بينهما قسمة غرماء ، فالدائن لا يتقدم على الكفيل استيفاء لما تبقى من حقه ، بل يقاسمه فى أموال المدين قسمة غرماء ، هذا الا اذا كانت الكفالة عن كل الدين ، حيث يستطيع الدائن أن يحجز على ما يصيب الكفيل من أموال المدين ويستوفى منها كل حقه ، وقد لا يتبقى شيئا للكفيل فى هذه الحالة .

٤ ـ يحل الكفيل ، فى دعوى الحلول ، محل الدائن فى حقه قبيل المدين ، بما لهذا الحق من صفات وتوابع وتأمينات ودفوع ، أما بالنسبة للدعوى الشخصية ، فان الكفيل يرجع بكل ما أداه لاخلاء ذمته وبالمصروفات التى أنفقها ، وما حكم عليه من مصروفات ، وبالتعويض وبالفوائد القانونية ، ولا يرجع الكفيل فى دعوى الحلول لا بالفوائد القانونية ولا بالمصروفات ولا بالتعويض .

المبحث الرابع

رجوع الكفيل عند تعدد المدينين

يمكن أن يكفل الشخص عدة مدينين بنفس الدين ، هؤلاء المدينون قد يكون بينهم تضامن وقد لا يكون ، فكيف يرجع عليهم الكفيل بعد وفائه بالدين للدائنين .

تعدد المدينين مع عدم تضامنهم :

اذا وفى الكفيل بالدين المكفول ، فانه يستطيع الرجوع على المدينين به ، ويتحدد هذا الرجوع طبقا لما اذا كان قد كفلهم جميعا ، أو كفل بعضهم دون البعض الآخر .

أ – اذا كان الكفيل قد كفلهم جميعا ، كان له ، بعد الوفاء ، أن يرجع عليهم جميعا ، أو بمعنى أدق على كل منهم بنسبة نصيبه . وله أن يستخدم فى هذا الرجوع كل الوسائل التى يستخدمها الكفيل فى الرجوع على المدين ، أى دعوى الكفالة ، أو دعوى الحلول ، أو دعوى المطالبة بالاثراء ويفترض ذلك بطبيعة الحال عدم وجود ما يحول دون تقسيم الدين فيما بينهم .

ب ـ اذا كان الكفيل قد كفل البعض دون الآخر ، فانـــه لا يسأل فى مواجهة الدائن الا عن نصيب من كفلهم من الديـــن ، فاذا وفى بدين من كفلهم ، فانه يرجع عليهم وحدهم بما وفاه كـل بقدر نصيبه ، وهو فى رجوعه يمكن أن يستخدم احدى الدعاوى الثلاث .

واذا وفى الكفيل بما يجاوز نصيب من كفلهم ، فان ذلك يؤدى الى براءة المدينين غير المكفولين بما يساوى هذه الزيادة ، ويستطيع الكفيل أن يرجع عليهم بدعوى الاثراء بلا سبب بمقدار الزيـــادة ، وليس له الرجوع عليهم بدعوى الكفالة أو دعوى الحلول لأنه لم يكـن كفيل لهم .

تعدد المدينين وتضامنهم :

اذا تعدد المدينون فى دين واحد ، وكانوا متضامنين فيمـــا بينهم ، فان رجوع الكفيل عليهم بما وفاه لدائنهم يتوقف على مـا اذا الكفيل قد كفلهم جميعا أو كفل بعضهم فقط .

أ ـ كفالة الكفيل لجميع المدينين المتضامنين :

تنص المادة ٨٠١ مصرى صراحة على هذا الفرض بقولهـــا :

اذا تعددالمدينون فى دين واحد وكانوا متضامنين • فالكفيل الذى ضمنهم جميعا أن يرجع على أى منهم بجميع ما وفاه من الدين •

فاذا كان هناك مدينون متضامنون فى نفس الدين ، فللكفيل ، الذى كفلهم جميعا ،وقام بالوفاء بالدين المكفول للدائن ،أن يرجع على أى منهم بجميع ما وفاه من الدين لأنه كفل كلا منهم فى جميع الدين ،كما لو كان منفردا • ويكون رجوعه فى هذا الصدد ، اما بدعوى الكفالة ،أو دعوى الحلول أو على أساس الاثراء •

ب ــ كفالة الكفيل لبعض المدينين المتضامنين :

اذا قام الكفيل بوفاء الدين للدائن ، فانه يستطيع الرجوع على أى ممن كفلهم بكل ما وفاه لأن كل مدين متضامن يلتزم بكل الدين وليس بقدر حصته فقط ، وللدائن الحق فى أن يطالب أى منهم بالدين كاملا ،وعلى هذا يجوز للكفيل أن يرجع على أى المدينين الذين كفلهم بكل الدين • ويكون هذا الرجوع بدعوى الكفالة أو دعوى الحلول •

الا أن التساؤل يثور حول مدى أحقيته فى الرجوع على المدينين

الذين لايكفلهم ٠

يتفق الرأى على جواز رجوع الكفيل على من لم يكفلهم ، الا أن الاختلاف قد ثار فيما بين الفقهاء حول وسيلة الرجوع ٠

ـ بالنسبة لدعوى الكفالة ، لا يجوز للكفيل أن يرجع على المدين المتضامن الذى لم يكفله بدعوى الكفالة لأن هذه الدعوى قاصرة على الكفيل فى رجوعه على من كفل ، والفرض ان الكفيل هنا يرجع على غير من كفلهم من المدينين ٠

ـ يستطيع الكفيل الرجوع على كل منهم بدعوى الاثراء بلا سبب ، وذلك فى حدود ما أثرى به ويكون ذلك بقدر حصته فى الدين ، ونصيبه فى حصة من أعسر من المدينين ٠

ـ يستطيع الكفيل كذلك أن يرجع بنفس هذا القدر (حصته فى الدين ، ونصيبه فى حصة من أعسر من المدينين) بالدعوى غير المباشرة على المدين الذى لم يكفله فالكفيل يرجع على المدين بدعوى مدينة الذى ضمنه ، ذلك أن وفاء الكفيل بالدين يترتب عليه براءة ذمة المدين الذى ضمنه ، وسائر المدينين المتضامنين ، ويصبح الكفيل بذلك دائنا للمدين الذى ضمنه ، ويحق لهذا الأخير

الرجوع على المدين المتضامن معه بحصته ، ومن ثم يكون للكفيل ، بوصفه دائنا لمن كفله ، أن يستعمل حقوق المدين المكفول ، في مواجهة المدين غير المكفول .

ـ بالنسبة لدعوى الحلول ، يجمع الفقه على أحقية الكفيل في الرجوع بدعوى الحلول على أي من المدينين المتضامنين ، حتى بالنسبة للمدينين غير المكفولين ، وذلك على أساس أن الكفيل يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين ، والدائن كان له الحق في الرجوع على أي من المدينين المتضامنين ، سواء كانوا مكفولين أم لا .

ويذهب البعض الى القول بأن رجوع الكفيل على المدين المتضامن غير المكفول يكون بقدر حصته فقط ، ولكن الرأي الغالب يذهب الى أنه يحق للكفيل أن يرجع بكل الدين على أي من المدينين المتضامنين حتى الذي لم يكفله منهم ، وعلى ذلك يكون الحكم واحدا بالنسبة للكفيل الذي يضمن جميع المدينين المتضامنين والكفيل الذي يضمن بعضهم فقط . ففي الحالتين ، يستطيع الكفيل أن يرجع بدعوى الحلول (أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق) على أي من المدينين المتضامنين حتى الذي لم يكفله منهم ، بكل الدين .

المبحث الخامس

رجوع الكفيل على الكفلاء الآخرين

اذا وجد أكثر من كفيل لنفس الدين ، وقام أحدهم بالوفاء له فان هذا الوفاء يؤدى الى براءة ذمته وذمة سائر الكفلاء الآخرين في مواجهة الدائن . ويستطيع الكفيل الموفى أن يرجع بما وفاه على المدين كما رأينا . وله أيضا أن يرجع على سائر الكفلاء الآخرين بحصصهم في الدين المكفول . وتختلف قواعد هذا الرجوع بحسب قيام التضامن بين الكفلاء من عدمه ، وبحسب ما اذا كانت كفالتهم قد تمت بعقد واحد أم بعقود متعددة ، وبحسب ما اذا كان الكفيل شخصيا أم عينيا .

تعدد الكفلاء وعدم تضامنهم:

تنص المادة ٧٩٢ مصرى على أنه : ١ ـ اذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل الا بقدر نصيبه في الكفالة ، ٢ ـ أما اذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فان كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله ، الا اذا كان قد

احتفظ لنفسه بحق التقسيم .

مؤدى ذلك أنه اذا وجد أكثر من كفيل لنفس الدين ،وكانوا جميعا قد التزموا بكفالة هذا الدين بعقد واحد دون أن يشترط التضامن بينهم ، فا الدين ينقسم بينهم لأن كل كفيل يكون قد اعتمد على الكفلاء الآخرين ،ويكون كل كفيل مسئولا عن نصيبه فقط عن الدين . ولا يستطيع الدائن أن يطالب أيا منهم بأكثر من حصته فى الضمان .

فاذا وفى أحد الكفلاء حصته فى الدين برئت ذمته وحده ، لذا لا يستطيع الرجوع على باقى الكفلاء الآخرين لأنه لم يف بأنصبائهم فى الدين ،ويستطيع أن يرجع على المدين بمقدار ما وفى عنه من الدين ،وله أن يستخدم فى هذا الرجوع اما دعوى الكفالة أودعوى الحلول . فالدين المكفول ينقسم على الكفلاء بالتساوى فيما بينهم .

أما اذا وفى بما يزيد عن حصته فى الضمان ،فان ذلك يبرئ ذمة المدين وذمته وذمة الكفلاء الآخرين بقدر هذه الزيادة ، ولا يستطيع الرجوع على المدين بهذه الزيادة بدعوى الكفالة أو بدعوى الحلول ،ولكن يحق له الرجوع عليه وفقا لقواعد الاثراء بلا سبب .

ويمكنه كذلك الرجوع على الكفلاء الآخرين بدعوى الاثراء ليطالب بما وفاه زيادة عن حصته ، ويتحمل كل كفيل فى حدود حصته فقط ، واذا أعسر أحد الكفلاء ، فان الكفلاء الآخرين لا يتحملون أى نصيب فى حصة المعسر لأن كل منهم لا يسأل الا بقدر حصته ، ويتحمل المدين هذه الحصة واذا كان المدين معسرا ، فان الكفيل الذى دفعها هو الذى يتحملها ، واذا كانت هذه الحصة لم تدفع فان الدائن هو الذى يتحملها .

تعدد الكفلاء وتضامنهم :

تنص المادة ٧٩٦ على أنه اذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله ، كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر منهم .

وتنص المادة ١٠١٦ يمنى على أنه اذا تعدد الكفلاء للمدين ، فان كان كل منهم مستقلا بضمانه للدين كله ، فان للمكفول له أن يأخذ حقه من أى واحد منهم ولا رجوع لأحد منهم على الآخر بما أداه ، وان كانوا مشتركين فى الضمان وشرط تضامنهم فيه كان

للمكفول له أن يأخذ حقه من أى واحد منهم ويكون لمن أدى الحق الرجوع على الآخرين كل بنصيبه فيه ،وان كانوا مشتركين فى الضمان ولم يشترط تضامنهم فيه ،فلا يكون للمكفول له أن يطالب أحدا منهم الا بنصيبه فى الحق فقط، وتتساوى الأنصبة بينهم الا اذا عين لكل منهم نصيبه .

يتضح لنا أنه يجب التفرقة بين تعدد الكفلاء بعقود مستقلة ، وتعددهم بعقد واحد مع اشتراط التضامن بينهم :

ـ اذا تعدد الكفلاء لنفس الدين ، ولكن كل كفيل كفل الدين بعقد كفالة مستقل عن الآخرين ،فان كل منهم يكون مستقلا بضمانه للدين كله ، ويجوز للدائن الرجوع على أى منهم ويستوفى منه كل الدين ،ولا يستطيع الكفيل الموفى أن يرجع على الآخرين بما أداه ، لأن كل كفيل كان قد تعهد فى عقده مع الدائن بضمان الدين بأكمله . اما اذا كان أحدهم أو بعضهم قد اشترط فى عقده حق التقسيم ، فانه لا يلتزم الا بدفع حصته فى الدين .

ـ واذا تعدد الكفلاء مع تضامنهم ،جاز للدائن أن يرجع بكل الدين على أى كفيل منهم ،ويلتزم هذا الكفيل بوفاء الدين كله

للدائن ، وله أن يرجع بعد ذلك على كل من الكفلاء الآخرين بقدر حصته فى الدين ، وبنصيبه فى حصة المعسر منهم ، وتعتبر حصصهم فى الدين متساوية الا اذا كان متفقا على نسبة أخرى. ومن ثم فان هؤلاء الكفلاء بالتضامن يتحملون فيما بينهم حصة المعسر منهم ، فتنقسم هذه الحصة بينهم بنسبة الحصة الأصلية لكل منهم فى الدين .

ويستطيع الكفيل الموفى الرجوع على الكفلاء المتضامنين ، اما بالدعوى الشخصية على أساس الوكالة ، أو الفضالة ، أو الاثراء بلا سبب . واما بدعوى الحلول ، لأنه يحل محل الدائن الذى وفاه . وتعتبر أحكام الرجوع على أى من الكفلاء الآخرين واحدة أيا كانت وسيلة هذا الرجوع ونوع الدعوى المستخدمة فيه ، أى أن ما يرجع به الكفيل لا يختلف من دعوى الى أخرى ، بل يتمثل دائما فى حصة كل كفيل فى الدين المضمون ، بالاضافة الى نصيبه فى حصة المعسر أن وجد .

الرجوع على الكفيل العينى :

يضمن الكفيل العينى الدين فى حدود العين المقدمة منه ،

أى أن مسئوليته عن الدين المكفول لا تشمل كافة عناصر ذمتـــه المالية ،بل تتحدد فى حدود ما قدمه من ضمان ٠

اذا وفى الكفيل العينى بالدين ،فانه يرجع بما وفاه عـــلى المدين ،ويستطيع أن يرجع كذلك على الكفلاء الآخرين ،واذا قـام أحد هوءلاء الكفلاء بالوفاء فانه يرجع على الكفيل العينى بحصته فى الدين ،وتختلف قواعد الرجوع بين الكفيل العينى وباقى الكفـــلاء بحسب قيمة العين المقدمة كضمان ٠

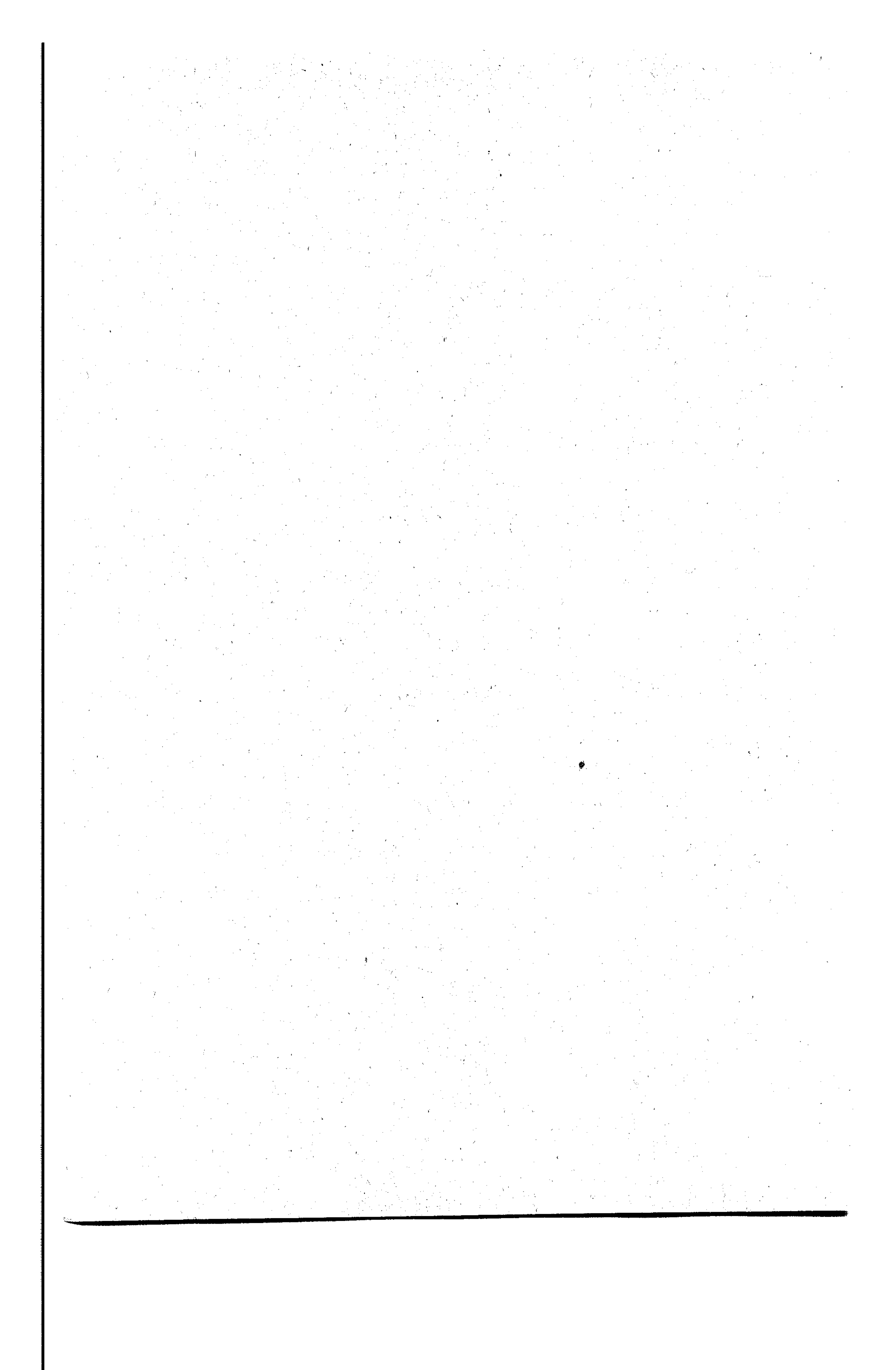
١ ــ فاذا كانت العين المقدمة تساوى الدين المكفول أو تزيد عنه ،فان مسئولية الكفيل العينى عن الدين تكون مساوية للكفـــلاء الآخرين ،ويوزع العبء عليهم بالتساوى ٠ فاذا وجد كفيل شخصى مع الكفيل العينى ،فان حصة كل منهما تكون مساوية لحصة الآخر ، على تقدير أن الكفيل العينى قد كفل الدين بقدر قيمة العـــين التى قدمها رهنا ،وان الكفيل الشخصى قد كفل كل الدين ٠ فـاذا وفى أحدهما بالدين كان له أن يرجع على الآخر بنصف الديــــن لأن كل منهما قد اعتمد فى كفالته على وجود الآخر ٠

٢ ــ أما اذا كانت قيمة العين أقل من قيمة الدين ، فـان

الكفيل العينى يضمن من الدين ما يساوى هذه القيمة ، فــــاذا
وجد كفيل شخصى مع الكفيل العينى ، فان الدين يقسم عليهمـــا
بنسبة قيمة الدين الى قيمة العين . فاذا كانت قيمة الدين ثلاثـــة
آلاف ، وقيمة العين المقدمة لضمانه ألفا ، فان الكفيل العيـــــنى
يتحمل ثلث الدين .

القســم الثانى

الرهــن الحيــازى



تمهيد :

توجد الى جانب التأمينات الشخصية ،التأمينات العينية . وتتمثل في الرهن الرسمي ،والرهن الحيازي ،وحق الاختصاص، وحقوق الامتياز ، وقد اقتصر المشرع اليمني على تنظيم الرهن الحيازي وحقوق الامتياز ،هذا الى جانب الكفالة كتأمين شخصي .

ويعرف المشرع اليمني الرهن الحيازي بقوله " الرهن عقد يقدم به المدين ،أو غيره باذنه عينا مخصوصة الى الدائن أو عدل يختاره الطرفان لحبسها لاستيفاء مال مخصوص" م٩٥٥ .

لا يتضمن هذا التعريف مقومات الرهن كحق عيني تبعي كما يتضح من النص المصري في المادة ١٠٩٦ : الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ،ضمانا لدين عليه أو على غيره ، ان يسلم الى الدائن أو الى أجنبي يعينه المتعاقدان ،شيئا يرتب عليه الرهن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ،وان يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون .

وتبين المذكرة الايضاحية للقانون اليمنى مشروعية الرهـــن بقولها : الرهن فى اللغة الحبس،وهو شرعا حبس شيء بحـــق لاستيفاء الحق من ذلك الشيء ،والغرض منه هو التوثق مـــن الوفاء بالحق ،ودليل مشروعيته النص لقوله تعالى " وان كنتم علـى سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة " ،ولما روى عن أم المؤمنيـن عائشة رضى الله عنها: ان النبى عليه السلام " اشترى طعاما من يهودى يقال له أبو الشحم ورهن درعه لديه " .

ويمكن استعراض أهم خصائص الرهن الحيازى فيما يلى :

١ ـ الرهن الحيازى عقد رضائى ملزم للجانبين ،حيث ينعقد بمجرد التراضى بين طرفيه دون حاجة الى شكل معين ،ولا ضـرورة لتسليم الشيء المرهون ،فالتسليم ليس ركنا لانعقاد الرهن ، بل هو التزام يترتب عليه ،من بين الالتزامات الأخرى التى تتولد عنه علـى عاتق كل من الراهن والمرتهن .

٢ ـ الرهن الحيازى حق عينى تبعى ،فهو حق عينى يخـول الدائن المرتهن ميزة التتبع للمال المرهون ،وميزة التقدم على باقى الدائنين فى ثمنه ،وهو تابع لالتزام أصلى ينشأ لضمان الوفاء به ،

وهو يتبع الدين المرهون فى صحته وفى انقضائه ٠

٣ ـ الرهن الحيازى غير قابل للتجزئة ، سواء من حيث المال المرهون ، أو من حيث الدين المضمون ، فكل جزء من المال المرهون ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بهذا المال ٠

الرهن الحيازى والرهن الرسمى :

يشترك الرهن الحيازى مع الرهن الرسمى فى أن كل منهما يعتبر حقا عينيا تبعيا غير قابل للتجزئة ، وانهما ينتميان الى التأمينات الاتفاقية التى تنشأ عن طريق العقد ٠ وذلك بخلاف حق الاختصاص الذى ينشأ بأمر من القاضى ، وحق الامتياز الذى يتقرر بنص القانون

ولكن الرهن الحيازى يختلف عن الرهن الرسمى فى أكثر من ناحية :

١ ـ ينشأ الرهن الحيازى بالعقد العرفى أى بمجرد التراضى دون اشتراط أى شكل رسمى ، وذلك بخلاف الحال بالنسبة للرهن الرسمى الذى يشترط فيه أن يكون العقد رسميا ٠

٢ ـ يصح أن يتقرر الرهن الحيازى على العقار أو المنقول ، اما الرهن الرسمى ، فلا يكون محله الا عقارا ، ولا يقع على منقول .

٣ ـ تنتقل حيازة الشىء المرهون ، فى الرهن الحيازى ، من المدين الراهن الى الدائن المرتهن ، اما فى الرهن الرسمى فيبقى العقار المرهون فى حيازة الراهن .

٤ ـ يخول الرهن الحيازى الدائن المرتهن سلطات أوسع من سلطات الدائن المرتهن فى الرهن الرسمى ، فالأول ، يحوز المال المرهون ، وله بالتالى سلطة استغلاله وقبض ثماره وخصمها من أصل الدين ، وله حق حبسه عن الراهن حتى يقتضى الدين ، وهو فضلا عن ذلك يخول صاحبه حق التنفيذ على العين لاستيفاء دينه ويكون له فى ذلك حق التقدم والتتبع ، أما الرهن الرسمى ، فلا يخول الدائن حق الحبس ، وكل ماله مكنة التنفيذ على العقار المرهون مع حق التقدم والتتبع .

<u>تقدير الرهن الحيازى :</u>

لعل أهم الانتقادات التى توجه الى الرهن الحيازى أنه " يحرم

المالك من الانتفاع بنفسه بما يملك ،وهو كثيرا ما يستنفذ القيمة الائتمانية للشيء ،وان كان هذا الضرر يخف بامكان رهن الشيء الواحد ضمانا لديون متعددة ،وهو ، فوق ذلك ،يضع الشيء في حيازة غير مالكه الذى لا يمكن أن ننتظر منه ، لرعايته ،نفس حيطة المالك وحذره . وزيادة على ذلك كله ، فالمرتهن ملتزم باستغلال المرهون لصالح الراهن ،وقد يكون ذلك عبئا ثقيلا عليه ،كما أنه لا يستغل الشيء استغلال مالكه له ، وهذا ما يضر بالاقتصاد القومى " .

ولكن الرهن الحيازى يتميز بأنه الوسيلة الوحيدة للتأمين العينى الاتفاقى للثروة المنقولة ، فالدائن يقبل رهن الحيازة لأنه يهيىء وسيلة عملية لاستيفاء الدين ،ويخوله حبس العين المرهونة الى أن يتم الوفاء ،وهو ينطوى على تيسير على الأطراف لأنه يتم بعقد عرفى ، ويتيح استهلاك الدين من خلال التزام الدائن المرتهن باستغلال المال المرهون واستنزال الغلة من الدين .

" وللرهن الحيازى أهمية عملية كبيرة ،نظرا لسعة انتشاره فى المنقول والعقار على السواء ، أما فى المنقول ،فكثيرا ما يلجأ

عن طريقه ،الى رهن البضائع والمحصولات الزراعية والأوراق المالية ، فضلا عن المنقولات ذات القيمة كالمجوهرات والحلى المصنوعة من المعادن الثمينة ، تأمينا للوفاء بمبلغ القرض ، وأما فى العقار ، فالرهن الحيازى منتشر بين الزراع ،لأن حيازة المال المرهون واستثماره والاحتفاظ بغلته ، يعلق عليها الدائنون فى الريف أهمية كبيرة " .

فالناس فى الريف يألفون التعامل بالرهن الحيازى لبساطته أكثر من التعامل بالرهن الرسمى ،ولا يزال الرهن الحيازى من أهم وسائل الائتمان بين الفلاحين ،ويحتل مكانا مرموقا الى اليوم ، ولعل انتشار الخبرة والدراية بأمور التوثيق والشهر يقلل من أهمية الرهن الحيازى بين الأفراد ويتم الاقبال على نظام الرهن الرسمى ، اسوة بالمصارف وبالشركات وبيوت المال الكبيرة .

ولا يمكن الاستغناء عن الرهن الحيازى فى المنقول لأنه ضرورى لحماية الدائن المرتهن مما قد يجريه الراهن من تصرفات مادية تضره ، بانقاص قيمة الشىء ،أو التصرف فيه وتسليمه للغير حسن النية الذى يستطيع التمسك فى مواجهة المرتهن . بقاعدة الحيازة

فى المنقول سند الملكية . وبقاء المنقول فى حوزة الدائن يعد ضمانا كبيرا له لأن ذلك بمثابة شهر لحقه واعلان للغير بوجود الرهن على المنقول ، وبأن ملكية الراهن لم تعد خالصة له .

لذا يذهب البعض الى قصر الرهن الحيازى على المنقول والاكتفاء بالرهن الرسمى فى العقار لأن العلانية مكفولة فى هذا الرهن من خلال نظام الشهر ، وهو يتضمن حماية الدائن من مخاطر تصرفات المدين ، لأن الدائن يستطيع التمسك بحقه فى مواجهة مكتسبى الحقوق عليه وتتبعه فى يد حائزيه ، ويتميز الرهن الرسمى بأنه لا يجرد الراهن من حيازة العقار ولا يحرمه من استغلاله .

خطة البحث :

نقسم دراستنا للرهن الحيازى الى ثلاثة فصول ، نخصص الفصل الأول لانشاء الرهن ، والثانى لآثاره ، والثالث لانقضائه .

الباب الأول

انشاء الرهن الحيازى

الرهن الحيازى عقد رضائى ينعقد بمجرد التراضى بين المدين الراهن ، والدائن المرتهن . وهو يخضع للمبادىء العامة فى نظرية العقد من وجوب توافر الرضا ، وان تكون ارادة الأطراف خالية من العيوب ، ويجب أن يكون هناك محل وسبب لالتزام طرفى العقد ، وان تصدر الارادة من شخص أهل لمباشرة العقد .

ونكتفى فى هذا المقام بتناول موضوعات ثلاثة هى : أهلية مباشرة الرهن ، الدين المضمون بالرهن ، المال المرهون .

الفصل الأول

أهلية مباشرة الرهن الحيازى

أطراف الرهن الحيازى هما الراهن والدائن المرتهن ، والراهن اما أن يكون مدينا أو كفيلا عينيا .

ويعتبر الرهن بالنسبة للراهن عملا من أعمال التصرف ، لذا يجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف فى المال المرهون ، أى يجب أن

يكون بالغا سن الرشد غير محجور عليه . والرهن تصرف من التصرفت المالية الدائرة بين النفع والضرر بالنسبة للمدين الراهن لأنه يحصل فى مقابله على ائتمان معين أو على مد أجل الالتزام . ويترتب عـلى ذلك أن الرهن الذى يبرمه عديم الأهلية يقع باطلا ، وان أبرمـه ناقص الأهلية كان قابلا للابطال .

اذا قدم الرهن شخص آخر غير المدين (الكفيل العيـنى) ، فان العقد يعتبر من التصرفات التى تدور بين النفع والضرر ان كان الرهن بمقابل ،ويعتبر تصرفا ضارا ضررا محضا اذا تم بدون مقابل ، ويلزم فى هذه الحالة أن يكون الكفيل أهلا للتبرع بالمال المرهون .

وبالنسبة للدائن المرتهن ، يعتبر الرهن من التصرفـات الدائرة بين النفع والضرر ، لذا يجب أن يكون كامل الأهلية .

وينص القانون اليمنى على تلك الأحكام فى المادة ٩٥٧ بقولهـا : يشترط فى الراهن والمرتهن أن يكونا جائزى التصرف . ومعنى ذلك أن يكون بالغا ، عاقلا ، غير محجور عليه .

الولاية اللازمة لمباشرة الرهن الحيازى :

اذا كانت الأهلية تتمثل فى صلاحية مباشرة الشخص لابرام التصرفات وترتيب آثارها فى حق نفسه ، فان الولاية تتمثل فى قيام الشخص بابرام التصرفات نيابة عن الغير .

بالنسبة للدائن المرتهن ، يجوز أن يبرم الرهن الحيازى نيابة عنه وكيل لديه . وكالة عامة لأن الالتزامات التي يرتبها الرهن فى ذمة الدائن تعتبر من قبيل أعمال الادارة . ويجوز لكل من الولى والوصى والقيم قبول الرهن بالنيابة عن الدائن ، دون اشتراط اذن المحكمة .

أما عن المدين الراهن ، فان من ينوب عنه يجب أن تتوافر فيه ولاية التصرف فى المال المرهون ، فاذا كنا بصدد نيابة اتفاقية لزم أن تكون الوكالة خاصة ولا تكفى الوكالة العامة ، ولا يجوز للنائب القانونى (ولى أو وصى أو قيم) ابرام الرهن نيابة عن الأصيل الا بعد اذن المحكمة وطبقا للشروط التى يتطلبها قانون الولاية على المال .

وبالنسبة للكفيل العينى المتبرع ، لا يستطيع وكيله ابـــرام الرهن نيابة عنه الا اذا كان لديه وكالة خاصة بأعمال التبرع، وليس للنائب القانونى مباشرة الرهن ولو باذن المحكمة .

وينص القانون اليمنى على تلك الأحكام فى المادة ٩٥٩ : يجوز للاب أن يرهن ماله فى دين لولده الصغير ، كما يجوز له لمصلحـــة الصغير أن يرهن مال الصغير لنفسه ، أو للغير بدين على الصغير ، وحكم الجد حكم الأب مع عدمه .

وتنص المادة ٩٦٠ يمنى على أنه لا يجوز للوصى رهن مال عنـــد من له الولاية عليه ، ولا ارتهان مال من له الولاية عليه لنفسه ، ويجوز له رهن مال من له الولاية عليه عند الغير فى دين على من لـــــه الولاية عليه ، لا فى دين على نفسه .

فبالنسبة للنص الأول يبين أنه لا يجوز للأب أو الجد رهن مال الصغير لنفسه الا بموافقة القاضى دفعا لكل مظنة ، ويجوز لـــلأب مطلقا رهن ماله عند ولده الصغير ، ورهن مال ولده الصغير ومن فى حكمه بدين على الصغير ، وحكم الجد حكم الأب مع عدمه ، وذلـــك لأن الولى يملك ايداع مال الصغير والرهن أولى لأن هلاكه مضمون .

أما عن النص الثانى فيبين أنه لا يجوز للوصى رهن مال من له الولاية عليه لدى الغير فى دين على نفسه لمظنة ضياع المرهون اذا بيع فى الدين فى حالة اعسار الوصى . ولا يجوز للوصى كذلك رهن مال من له الولاية عليه لدى الغير ولو كان من أجل دين على الخاضع للوصاية . ولا يجوز للوصى رهن ماله عند من له الولاية عليه .

وتنص المادة ٨٨٥ مدنى على أن الوكالة الخاصة لا بد فيها من النص فى كل عمل ليس من أعمال الادارة ، وبوجه خاص البيع والرهن .

الفصل الثانـــى

الديـن المضمـون بالرهـــن

يقوم الرهن الحيازى لضمان دين معين ، لذا يجب أن يكـون هذا الدين موجودا وصحيحا ومعينا .

تبعية الرهن للدين المضمون :

تنص المادة ١٠٤٢ على أنه لا ينفصل الرهن عن الديـــن المضمون ، بل يكون تابعا له فى صحته وفى انعقاده ما لم ينـص القانون على غير ذلك .

فالرهن لا ينشأ الا لضمان الوفاء بالتزام معين ، وهــذا الالتزام يعد سببا لالتزام الراهن ، ومن ثم فان الرهن يعتبر تابعا الالتزام المضمون . فهو يتبعه فى وجوده وصحته وانقضائه . فــلا يقوم الرهن الا بوجود الدين المضمون صحيحا . ويبطل الرهـن كلما بطل الدين المرهون ، وينقضى بانقضائه واذا كان الديـــن باطلا أو قابلا للابطال ،فان الرهن يكون باطلا أو قابلا للابطال . واذا انقضى الدين بأى سبب من أسباب الانقضاء ،جاز للراهن أن

يتمسك بانقضاء الرهن بالتبعية .

ويترتب على صفة التبعية انه اذا كان الراهن غير المدين له الى جانب تمسكه أوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين (م ١٠٤٢/ ٢) .

أى أن الكفيل العينى يستطيع التمسك بأوجه الدفع الخاصة بالدين بالاضافة الى الدفوع الخاصة به ، فهو يستطيع الدفع ببطلان الدين المضمون أو بانقضائه ، ويمكنه كذلك ببطلان عقده مع الدائن المرتهن .

تحديد الدين المضمون:

تنص المادة ٩٦٥ يمنى على أنه يشترط فى المرهون فيه ، أن يكون دينا ثابتا فى الذمة ، أو عينا مضمونة ، وأن يكون معلوما ، فان كان دينا موعودا به ، فلا يلزم الرهن الا بثبوت الدين وتجدد القبض .

يبين النص الشروط التى يلزم توافرها فى الدين المضمون وأولها أن يكون ثابتا فى الذمة أى موجود حقيقة ، وأن يكون معلوما

لأن الرهن عقد على مال يشترط العلم به كالبيع علما نافيا للجهالة ، فلا يصح الرهن بما سيقرضه ، ولا بثمن ما سيشتريه ، فالرهن يضمن الحق لا يتقدم عليه .

وتنص المادة ١٠٤٠ مصرى على أنه : يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالى ، كما يجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد فى عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذى ينتهى اليه هذا الدين .

يجب أن يكون الدين المضمون معينا أو قابلا للتعيين . فاذا لم يكن الدين محددا فان الرهن يعتبر باطلا بطلانا مطلقا : ويستطيع كل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، كالمدين والدائن وخلفهما العام أو الخاص ، والدائنون المتأخرون فى المرتبة ، فلا يجوز عقد رهن حيازة لضمان ديون غير معلومة المقدار وغير محددة المصدر .

فيجب تحديد مصدر الدين كالعقد أو العمل غير المشروع أو الفعل النافع أو القانون ، وينبغى ذكر مقدار الدين أو بيان الحد

الأقصى له . ويشمل الدين المضمون بالرهن كل من أصل الحق ، والمصروفات الضرورية التى ينفقها الدائن فى المحافظة على الشئ ، والتعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشئ ، ومصروفات العقد الذى أنشأ الدين ومصروفات عقد الرهن الحيازى وقيده عند الاقتضاء ، والمصروفات التى اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازى ، هذا بالاضافة الى الفوائد المستحقة (م ١١١١) .

ويمكن أن يكون الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط واقف أو فاسخ وهنا يتوقف مصير الرهن على مصير الالتزام المضمون . ويمكن أن يقوم الرهن لضمان دين احتمالى ، كضمان اعتماد يفتحه المصرف لعميله ، فيكون الرهن ضمانا لما يسحبه العميل من هذا الاعتماد ، ويلزم لصحة الرهن تحديد الدين أو الحد الأقصى الذى يمكن أن يصل اليه .

ويستثنى من ذلك الرهن التجارى حيث لا يشترط تحديد المضمون فيه ، فهو يكون صحيحا ولو ترتب لضمان جميع الديون التجارية التى تستحق للدائن فى ذمة المدين بغير تحديد لها وتطبيقا لذلك قضى بأن النص فى عقد الرهن التجارى الذى

يرهن بموجبه العميل الى المصرف أوراقا تجارية معينة ومظهرة منه تأمينا لكل ما عسى أن ينشأ فى ذمته من ديون لذلك المصرف يقع صحيحا ويقصد بذلك الاستثناء تشجيع الائتمان وتسهيل التعامل مع المصارف .

عدم تجزئة الرهن :

يعتبر كل جزء من المال المرهون ضامنا لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بهذا المال ، ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك . ويترتب على ذلك أن الدائن المرتهن يستطيع أن ينفذ بكل الدين على المال المرهون ، ولا ينتهى الرهن الا بعد سداد كل الدين ، وان كل جزء من الدين مضمون بكل الشىء المرهون ، فاذا تم الوفاء بجزء من الدين فان الباقى يظل مضمونا بكل المال المرهون . ويستطيع الدائن المرتهن أن يتبع المال المرهون لينفذ عليه سدادا لكل الدين أو لأى جزء منه .

الفصل الثالث

المـــال المرهـــون

نعرض في البداية للأموال التي يجوز رهنها ، ثم نبين شروط المال المرهون .

الأموال التي يجوز رهنها

يرد الرهن الحيازي على المنقولات والعقارات ، والمنقولات قد تكون مادية وقد تكون معنوية .

١ ـ فالمنقولات المادية يمكن أن تكون محلا للرهن الحيازي لأنها كقاعدة عامة تقبل الحيازة ويجوز التعامل فيها . ذلك أنه يشترط في المال المرهون رهنا حيازيا ان يكون مما يجوز بيعه ، وحيازته .

وان كان المشرع اليمني قد نص في المادة ٩٦١ على أنه : ما يصح بيعه يصح رهنه ، الا الوقف والهدي والأضحية التي لا يجوز بيعها دون المنبت والعكس بعد القطع .

فالنص يشترط فى المال المرهون أن يكون مما يصح بيعه لأن المقصود من الرهن ضمان الوفاء بالحق باستيفائه من ثمن المرهون بعد بيعه عند تعذر استيفائه من الراهن ، ويتحقق ذلك فى كل عين يصح بيعها ، وينص المشرع المصرى على نفس المعنى بقوله : لا يكون محلا للرهن الحيازى الا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلنى من منقول وعقار .

ويستثنى المشرع اليمنى الهدى والأضحية لأنه يجوز بيعها ، بشرط لا يمكن أن يتحقق معها استيفاء الدين من ثمن البيع . والثابت لا يصح بيعه دون المنبت أو العكس الا بالقطع ، والقطع فى الحال لا يحقق الغرض من الرهن لأنه ينقص من ثمن المرهون .

والأصل العام هو جواز رهن المنقولات المادية جميعها ، كالأثاث والبضائع والجوهرات والمفروشات والحلى والمركبات والدواب . ويستوى أن تكون هذه المنقولات قيمية معينة بذاتها أو مثلية بعد افرازها كالغلال والقطن .

وتعتبر السندات من قبيل المنقولات المادية التى يجوز رهنها ، فاذا كان السند اسميا ، فان الرهن يتم بقيده فى دفاتر

الجهة التى أصدرته ، وإن كان اذينا أو لأمر ، فان رهنه يتم عن طريق التظهير التأمينى ،وهو تظهير تام يتضمن بيانات التظهير الناقل للملكية ، مع اضافة بيان أن القيمة للرهن أو على سبيل الضمان . وان كان السند لحامله يأخذ حكم المنقول المادى ،ويتم رهنه رهنا تجاريا بتسليمه الى الدائن المرتهن دون حاجة الى أى اجراء آخر . أما السندات غير القابلة للتحويل فلا يجوز رهنها .

" ويجوز رهن النقود رهنا حيازيا ،وهذا ما يسمى عادة بالكفالة النقدية أو التأمين النقدى ،وهو فى الحقيقة رهن حيازى لا كفالة مع ذلك ، ومثاله ما يقدمه المستأجر للمؤجر تأمينا لوفائه بالتزاماته الناشئة من عقد الايجار ،وما يدفعها المشترك فى المياه أو الكهرباء أو التليفون على سبيل التأمين ،وما يقدمه مقاولو الأشغال العامة من تأمين لجهة الادارة ضمانا لقيامهم بتنفيذ عقد المقاولة ،على أن هذا النوع من الرهن الحيازى يختلف عن الرهن الحيازى العادى من ناحيتين : الأولى أن هذا الرهن ينقل ملكية الشىء المرهون الى الدائن المرتهن ،ويلتزم هذا برد مثله عند انقضاء الرهن . فاذا استحق الدين المضمون ولم يقم المدين بوفائه لا يباع المرهون ،وانما يكون للمرتهن الحق فى أن يقتضى حقه خصما

من المبلغ المسلم اليه ، ولذلك يسمى هذا الرهن بالرهن الناقص تشبيها له بالوديعة الناقصة حيث يتملك المودع لديه الوديعة ويلتزم بأن يرد مثلها ومن ناحية ثانية ليس للدائن المرتهن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل ، ولا يلتزم باستثمارها كالأشياء المادية الأخرى " .

٢ ــ ويجوز رهن المنقولات المعنوية التى تقبل البيع بالمزاد كبراءات الاختراع والاسماء التجارية . والعلامات التجارية ،وحصة الشريك ،والديون ،وبوليصة التأمين على الحياة بما لها من قيمة تتمثل فيما لها من احتياطى حسابى يزداد مقداره مع تقدم مدة التأمين ، ويخضع رهن البوليصة لقواعد رهن الديون بصفة عامة . ويتم رهن المنقولات المعنوية بصفة عامة بتسليم السندات الممثلة للحق الثابت فيها من المدين الراهن الى الدائن المرتهن .

ملحقات المال المرهون :

الأصل أن يتم الاتفاق على حصر دقيق لمشتملات الشيء المرهون ،وفى حالة عدم وجود اتفاق ،فان الرهن يرد على الشيء وكل ما يعتبر من ملحقاته وتوابعه وفقا للمعروف والمتداول فى التعامل .

فرهن العقار يشمل ما يتبعه من حقوق الارتفاق كالمطل والمرور والشرب والمسيل ، سواء وجدت هذه الحقوق قبل الرهن ، أو بعد ابرامه ،وتنص المادة ١٠٩٩ على أنه يسرى على الالتزام بتسليم الشىء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشىء المبيع : وطبقا للمادة ٤٣٢ يشمل التسليم ملحقات الشىء ، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين • ويدخل فى ذلك الملحقات التى تعتبر عقارا بالتخصيص كالآلات الزراعية والمواشى التى تستخدم فى الأرض والتحسينات والانشاءات التى تعود منفعتها على المالك ، وكذلك كل ما يلزم لاستعمال الشىء واستغلاله ،كأدوات وقطع غيار الآلات التى يجرى العرف على الحاقها بها •

ويدخل فى الرهن كذلك التحسينات والانشاءات التى تطرأ على العين المرهونة سواء بفعل الطبيعة كالطمى الذى يتراكم بالأرض ، أو بفعل المالك ، كتجديد البناء أو شق قناة بالأرض•

المبحث الثانى

شروط المـــال المرهـــون

يشترط فى المال المرهون أن يكون معينا ، ويجوز التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى ، وأن يكون موجودا وقت الرهن ، ومملوكا للراهن ونعرض لتلك الشروط فيما يلى :

أولا : تعيين المـــال المرهـــون

يجب أن يكون الشئ المرهون معينا أو قابلا للتعيين طبقـــا للقواعد العامة فى العقد التى توجب أن يكون محل العقد معينـــا بذاته ، أو بنوعه ومقداره أو ما يستطاع به تعيين ذلك .

ويتطلب المشرع وجوب تخصيص العقار المرهون رهنا رسميا من خلال تعيينه تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه ، ويعتـــبر شرط التخصيص من الشروط الشكلية فى عقد الرهن الرسمى الـذى يؤدى تخلفها الى بطلانه (م ١٠٣٥) هذا الشرط غير ضـــرورى بالنسبة للرهن الحيازى الذى يكفى فيه تطبيق القواعد العامة من وجوب تعيين المحل أو قابليته للتعيين دون لزوم التخصيص ، ذلك

أن تخلي الراهن عن حيازة الشيء المرهون وتسليمه الى الدائـن المرتهن أو الى عدل يقتضي بالضرورة تعيينه مما يغني عن ضـرورة التخصيص في العقد ذاته ٠

ثانيا : قابلية المال المرهون للتعامل فيه وبيعه

ينص القانون اليمني على أنه : ما يصح بيعه يصح رهنـه (م ٩٦١) ، وتنص المادة ١٠٩٧ مصري على أنه لا يكون محلا للرهـن الحيازي الا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول وعقار ٠

وعلى ذلك لا يجوز رهن الأشياء التي لا يجوز التعامل فيهـا كالأموال العامة والوقف ، ولا يجوز رهن الأشياء التي لا تباع استقلالا كالارتفاق ، والحقوق التي لا يجوز التصرف فيها لارتباطها بشخـص صاحبها كحق الاستعمال وحق السكن ٠ ولا يجوز رهن الحقـوق العينية التبعية كالرهن والاختصاص والامتياز استقلالا عن الالتزام الذي تضمن الوفاء به حيث لا يمكن بيعها مستقلة عنه ٠

فالحكمة من الرهن كوسيلة لضمان استيفاء الدين توجـب ان يكون المال المرهون يمكن بيعه ، عند عدم الوفاء بالدين ، لحصـول

الدائن على حقه من حصيلة البيع ٠

ثالثا : وجود المال المرهون

يجب أن يكون المال المرهون رهنا حيازيا موجودا ،ولا يجوز رهن الأشياء القابلة للوجود ٠ ويقع باطلا رهن المال المستقبل ، لأن الشيء المرهون ينبغي أن يكون موجودا بالفعل ٠ والبطلان المقصود هنا هو البطلان المطلق ٠

وبطلان رهن المستقبل يعد خروجا على القواعد العامة التى تجيز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ٠ ويستند البطلان الى نص المشرع عليه صراحة فى المادة ١٠٩٨ التى تحيل الى المادة ١٠٢٣ والتى تقضى بأنه يقع باطلا رهن المال المستقبل ٠

ولكن يجوز الوعد برهن المال المستقبل ،حيث يجوز للراهن أن يعد الدائن المرتهن بأن يبرم معه رهنا حيازيا على المال الذى سيكسب ملكيته ٠ ويقوم الرهن بمجرد كسب الملكية وابداء الدائن رغبته فى ذلك خلال مدة معينة ٠

رابعا : ملكية الراهن للمال المرهون

يجب أن يكون الراهن مالكا للمال المرهون . والراهن يمكن أن يكون المدين ، أو الكفيل العينى ،لذا لايمكن أن يقوم الرهن الا اذا كان الشىء المرهون مملوكا للمدين أو الكفيل العينى . ويعد ذلك تطبيقا للمبدأ العام الذى يقضى بعدم جواز التصرف فى ملك الغير ، ومن ثم لا يستطيع الشخص أن يرهن مالا مملوكا لغيره .

ويأخذ رهن ملك الغير نفس حكم بيع ملك الغير . وتبين المادة ٤٦١ يمنى حكم بيع ملك الغير بقولها : بيع الفضولى ،وهو من لايملك المال ،وليس بوكيل لمالكه ولا ولى أو وصى عليه ، موقوف على اجازة مالك المال أو وليه أو وصيه والاجازة يقصد بها هنا اقرار المالك التصرف بعد ابرامه ،ويساوى الاقرار فى تحقيق نفاذ بيع غير المالك ، الاذن السابق من المالك للغير فى بيع ملكه ،وترتيبا على ذلك الحكم يكون رهن ملك الغير غير نافذ فى حق المالك الا باجازته .

ونفس الحكم فى القانون المصرى حيث تقضى المادة ١٠٣٣ بأنه

اذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فان عقد الرهن يصبح صحيحا اذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية ،واذا لم يصدر هذا الاقرار فان حق الرهن لا يترتب على العقار الا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن . وهذا النص ورد بشأن الرهن الرسمى ،الا أن حكمه واجب التطبيق على الرهن الحيازى لاحالة المادة ١٠٩٨ الى هذا الحكم صراحة .

وحد المشرع الحكم بين رهن ملك الغير وبيع ملك الغير حيث يكون التصرف فى الحالتين باطلا بطلانا نسبيا ،وذلك لوحدة العلة وتحقيقا لاتساق التشريع ،ويمكن أن يجيز العقد من تقرر البطلان لمصلحته (الدائن المرتهن) ،ويجيزه كذلك اقرار المالك الحقيقى للمال ، أو انتقال الملكية منه الى الراهن . ولا يعتبر الرهن نافذا فى مواجهة المالك الحقيقى الا باقراره ، ولا يشترط أن يصدر هذا الاقرار فى شكل معين ،بل يمكن التعبير عنه بأى صورة تقطع فى الاعراب عن نية المالك .

<u>رهن المالك الذى زالت ملكيته بأثر رجعى :</u>

من المقرر أن زوال ملكية الراهن للشىء المرهون بعد نشوء حق

الرهن ، لا يؤثر على حقوق الدائن المرتهن ، الذى تكون لــــه ، بموجب عقد الرهن ، سلطة مباشرة على الشئ المرهون ، حـــيث يستطيع أن يستوفى حقه من ثمنه بالأفضلية على سائر الدائنـــين ، وله أن يتتبع هذا الشئ فى يد من انتقلت اليه ملكيته .

ولكن التساؤل يثور عن حالة زوال ملكية الراهن للشئ المرهون بأثر رجعى .

تنص المادة ١٠٣٤ على أنه يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخــه أو الغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، اذا كان هذا الدائن حســن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن .

يقرر النص حكما استثنائيا ، خروجا على القاعدة العامة التى تقضى بزوال التصرف بأثر رجعى ، لحماية الدائن المرتهن ، فالرهن يظــل صحيحا وتثبت للدائن المرتهن كافة الحقوق الناشئة عنه رغم زوال ملكية الراهن بأثر رجعى ، ويشترط لتطبيق ذلك الحكم أن يكـــون الرهن قد صدر من مالك أى أن يكون الراهن مالكا للشئ المرهـون وقت ابرام الرهن ، ان يزول سند ملكية الراهن بأثر رجعى بعد قيد

الرهن ، يجب أن يكون الدائن المرتهن حسن النية لا يعلم بسبب زوال سند الملكية عند انشاء الرهن ٠

وبالرغم من أن هذا الحكم قد ورد بصدد الرهن الرسمي ، الا أن الرأى الغالب فى الفقه يرى " اسباغ هذه الحماية على المرتهن رهن حيازة بطريق القياس لاتحاد العلة فى الرهنين بدرجة يستبعد معها أن يكون المشرع أراد قصر الحماية على المرتهن رهنا رسميا دون المرتهن رهنا حيازيا ، مع الأخذ فى الاعتبار أنه لن يحتاج اليها الا اذا كان حقه قد نشأ على عقار ، أما اذا كان قد ارتهن منقولا ، فان قواعد الحيازة تكفيه " ٠

ويضيف البعض الآخر ان ذلك الحكم يعد تطبيقا لمبادئ قانون الشهر العقارى التى تقضى بحماية كل من يتلقى بحسن نية حقا عينيا على العقار ، وقام بشهر حقه قبل تسجيل صحيفة الدعوى التى أدت الى الحكم بزوال الملكية ، وينطبق ذلك على المشترى أو المرتهن رهنا اسميا أو رهنا حيازيا ٠

الرهن الصادر من المالك تحت شرط:

اذا كانت ملكية الراهن ،للشيء الذى يرهنه ، معلقة على شرط واقف أو فاسخ ، فان مصير الرهن يرتبط بمصير الشرط فى الحالين . فان كانت الملكية معلقة على شرط واقف وتحقق الشرط، فان ملكية الراهن تتأكد بأثر رجعى ،ويتأكد معها الرهن ،بعد أن كانت احتمالية وغير مؤكدة ،واذا لم يتحقق الشرط اعتبر أنه لم يكن مالكا أبدا وكان الرهن الصادر منه رهنا لملك الغير وسرت عليه أحكامه .

واذا كانت ملكية الراهن معلقة على شرط فاسخ ،فان الرهن يكون صحيح ونافذ ، الا أن مصيره مرتبط بالشرط . فاذا تخلف الشرط استقر الرهن نهائيا وزال ما كان يتهدده . أما اذا تحقق الشرط الفاسخ . فان ملكية الراهن تزول بأثر رجعى . ويعتبر الرهن وكأنه صادر من غير مالك ،ولا ينفذ فى مواجهة المالك الذى عاد اليه المال .

الا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء فى حالة حسن نية الدائن المرتهن ، الذى لم يكن يعلم ،أثناء انعقاد الرهن ، ان

ملكية الراهن معلقة على شرط ، فللدائن فى هذه الحالة أن يتمسك بالرهن فى مواجهة المالك ،كما سبق وعرضنا بمناسبة زوال سند الملكية بأثر رجعى .

ويتأكد هذا الاستثناء ويبدو أكثر وضوحا اذا كان المرهون منقولا ،حيث تطبق قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز ،ويترتب على ذلك أنه اذا حاز الدائن المنقول المرهون بحسن نية ،أى دون أن يعلم بأن ملكية الراهن معلقة على شرط ، فان زوال الملكية بأثر رجعى نتيجة أعمال الشرط ،لن يؤثر على حق الدائن المرتهن ما دام يحوز المنقول بحسن نية .

رهن المنقول المملوك للغير :

القاعدة أن رهن المال المملوك للغير لا ينفذ فى مواجهة المالك الحقيقى الا اذا أقره ،ولكن هذا الحكم مقيد بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز .

تنص المادة ٩٧٦ على أن " من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله ، فانه يصبح مالكا اذا كان حسن

النية وقت حيازته ،والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك " .

وتنص المادة ١١١٨ على أن " ١ ـ الأحكام المتعلقة بالآثار التى تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التى لحاملها تسرى على رهن المنقول ، ٢ ـ وبوجه خاص يكون للمرتهن اذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه فى الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف فى الشىء المرهون ،كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذى كسبه على الشىء المرهون ولو كان ذلك لاحقا لتاريخ الرهن " .

وبناء على ذلك اذا تم رهن المنقول من شخص غير مالكه ، فان الدائن المرتهن الحائز للمنقول بحسن نية يستطيع أن يتمسك بالرهن فى مواجهة المالك الحقيقى ،أى أن الرهن يظل قائما ومنتجا لآثاره القانونية استنادا الى قاعدة الحيازة ،وليس العقد لأنه صدر من غير المالك . وللدائن أن يحبس المنقول المرهون عن مالكه حتى يستوفى دينه كاملا وذلك بالتقدم على باقى الدائنين .

ولكن هذا الحكم لا يسرى فى حالة سرقة المنقول أو ضياعه ،

فطبقا للمادة ٩٧٧ يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله اذا فقده أو سرق منه ، ان يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة .

أما اذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله ،فان له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذى دفعه .

الرهن الصادر من المالك الظاهر :

يمكن أن يقوم برهن المال شخص غير مالك الا أنه يظهر بمظهر المالك ، هنا يعتد القانون بهذا الرهن ويرتب عليه آثاره حماية للدائن المرتهن حسن النية الذى استند الى الوضع الظاهر وذلك حرصا على استقرار المعاملات . ويتحقق ذلك فى حالتين : الوارث الظاهر ، المالك بسند صورى .

بالنسبة للوارث الظاهر ، هو الشخص الذى ينظر اليه الناس عامة على أنه هو الوارث ،الا أنه فى الحقيقة ليس كذلك . كمن تؤول

اليه التركة ثم يظهر من بين الورثة شخص آخر يحجبه ويستحق التركة بدلا منه .

وعلى ذلك فان الرهن الصادر من الوارث الظاهر يأخذ حكم الرهن الصادر من المالك الحقيقى طالما كان الدائن المرتهن حسن النية ، ومن ثم فان ملكية المال المرهون تعود على المالك الأصلى محملة بالرهن .

ويستطيع الدائن المرتهن حسن النية أن يتمسك كذلك بالعقد الظاهر ، اذا كان سند ملكية الراهن صوريا ، حتى يحتج بالرهن قبل المالك الحقيقى . ويعد ذلك الحكم تطبيقا لنص المادة ٢٤٤ التى تقرر بأنه "اذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسنى النية ، ان يتمسكوا بالعقد الصورى ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم" .

رهن الأبنية المقامة على أرض الغير :

الأصل أن كل ما على الأرض من مبان يكون ملكا لصاحبها حيث

تنص المادة ١٢٠٣ يمنى على أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى ، يعتبر من عمل صاحب الأرض ، وانه اقامه على نفقته فيكون مملوكا له ، ما لم يثبت غير ذلك بالدليل الشرعى .

الا أنه يجوز أن تكون الأرض مملوكة لشخص ، ويكون البناء المقام عليها مملوكا لشخص آخر ، وتنص المادة ١٢٠٤ يمنى على أنه اذا ملك صاحب الأرض غيره بناء أو غراسا أو منشآت أخرى قائمة فى الأرض دون الأرض ، فان الغير يتملكها وتبقى الأرض ملكا لصاحبها .

فاذا أقام شخص بناء على أرض مملوكة للغير ، فان هذه المبانى تؤول ملكيتها الى صاحب الأرض مع تعويض البانى ، بحسب ما اذا كان حسن أو سيىء النية . ولكن قد يوجد اتفاق بين صاحب الأرض والبانى يخول الأخير حق فى اقامة البناء وتملكه لمدة معينة ، وقد يتصرف المالك فى البناء وحده ، دون الأرض . فى هذه الحالات تنفصل ملكية البناء عن ملكية الأرض ، ويجوز لمالك البناء رهنه ، فما حكم الرهن فى هذه الحالة ؟

تنص المادة ١٠٣٨ على أنه يجوز لمالك المبانى القائمة على أرض الغير أن يرهنها ، وفى هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق

التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الانقاض اذا هدمت المبانى ، ومن التعويض الذى يدفعه مالك الأرض اذا استبقى المبانى وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق .

يتضح من ذلك النص أن ملكية الراهن للمبانى ذات طبيعة مؤقتة ، ومن ثم فان حقوق الدائن المرتهن تتحدد فى ضوء هذا التأقيت:

فالرهن ينتج أثره فى خلال المدة التى يكون فيها البناء مملوكاً للبانى ، فاذا حل أجل الدين المضمون بالرهن ، خلال هذه المدة ، كان للدائن المرتهن أن ينفذ على البناء ويقتضى حقه من ثمنه .

أما اذا آلت ملكية المبانى الى مالك الأرض قبل حلول أجل الدين ، فان الدائن المرتهن لا يجوز له أن يتبع البناء فى يد مالك الأرض لأن حقه فى الرهن يكون قد انقضى لتعلقه بملكية مؤقتة ، وينتقل حقه بعد ذلك الى ما يستحقه الراهن لدى مالك الأرض من تعويض عن المبانى قائمة أو من ثمن الأنقاض.

رهن المالك على الشيوع :

تنص المادة ٩٦٢ يمنى على أنه يصح رهن المشاع اذا أمكن قبضه وحبسه ، لمن يتم قبض كل المشاع وحبسه باتفاق مالكيه على ذلك . ويتضح من ذلك النص أن رهن المال الشائع لا يجوز الا باتفاق كل الشركاء فيه .

أما فى القانون المصرى فلم يورد المشرع نصا لتنظيم هذه المسألة بصدد الرهن الحيازى ، لذا يذهب الفقه الى تطبيق القواعد العامة مستندا فى ذلك الى نص المادة ١٠٣٩ الخاصة بالرهن الرسمى ، والمادة ٨٢٦ التى تنظم حكم التصرف فى المال الشائع .

أولا ــ الرهن الصادر من جميع الشركاء :

لا شك أن الرهن يكون صحيحا ونافذا فى مواجهة جميع الشركاء وخلفهم ما دام الشيوع قائما ، الا أن التساؤل يثور حول مصير الرهن فى حالة قسمة المال المرهون ؟

يذهب البعض الى وجوب أعمال حكم القواعد العامة فى التصرف فى المال الشائع والتى تقضى بأن كل شريك فى الشيوع يملك حصته

ملكا تاما بأثر رجعى ، ويترتب على ذلك عدم نفاذ الرهن الصادر من الشركاء فى حق الشريك الذى آل اليه كل المال المرهون ، الا فى حدود حصته فقط ، ولا ينفذ فيما جاوزها لأن مؤدى الأثر الرجعى للقسمة ان الشركاء الآخرين لم يكونوا يتملكون وقت ابرام الرهن ، فى الشىء المرهون ، وأن رهنهم لذلك رهن لملك الغير ، ولا يسرى الى برضاء من آل اليه ملك المال الشائع . أما اذا أفرزت الأنصبة ، واختص كل شريك بنصيب ، فان كل منهم يظل متحملا للرهن فى حدود نصيبه .

ويذهب الرأى الراجح الى أعمال حكم المادة ١٠٣٩ التى تقضى بأنه يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم امكان قسمته . ومن ثم فان العين المرهونة تظل محملة بالرهن كاملا ، أيا كانت نتيجة القسمة ، لأن الرهن قد اشترك فى انشائه جميع الشركاء .

ثانيا ـ الرهن الصادر من أحد الشركاء :

أ ـ يجوز للشريك أن يرهن حصته على الشيوع ، لأنه يملك

حصته ملكا تاما ويحق له أن يجرى عليها كافة التصرفات . الا أن التساؤل يثور حول امكانية حيازة الحصة الشائعة ؟ يمكن تحقيق ذلك بالاتفاق بين الدائن المرتهن وسائر الشركاء اما على تسليم المال الى أحدهم ليحوز الحصة المرهونة نيابة عن المرتهن أى بصفته عدلا ، واما على تسليم المال الى المرتهن ،فيحوزه بصفته مرتهنا فيما يتعلق بحصته ،وباعتباره وكيلا عن باقى الشركاء الآخرين بالنسبة لحصصهم .

فاذا حل أجل الدين المضمون بالرهن ،ولم يقم المدين بالسداد ، فان الدائن المرتهن يستطيع التنفيذ على الحصة المرهونة وبيعها على الشيوع لاستيفاء حقه من ثمنها ، وهنا يحل المشترى لها ،ان كان من غير الشركاء ،محل الشريك الراهن ،ويصبح شريكا على الشيوع فى المال الشائع .

وقد تتم القسمة قبل أن ينفذ الدائن بدينه ، فاذا آل الى الراهن جزء مفرز من المال المرهون ، تركز الرهن فى ذلك الجزء . واذا آل اليه كل المال نتيجة قسمة التصفية ، اقتصر الرهن على الحصة الشائعة لا يتجاوزها الى بقية المال ، واذا وقع فى نصيب

الراهن أعيان غير التى رهنها ،ينتقل الرهن بمرتبته الى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة المال الذى كان مرهونا فى الأصل . واذا كانت نتيجة القسمة حصول الراهن على مبلغ من النقود نظير حصته المرهونة ،فان الدائن يستوفى حقه بالتقدم من هذا المبلغ اذا كان أجله قد حل ،فان لم يكن حقه حالا ، انتقل الرهن الى ذلك المبلغ تطبيقا لمبدأ الحلول العينى ، ويمكن للدائن طلب حجزه أو ايداعه حتى يحل أجل الدين .

ب ــ واذا قام الشريك برهن حصته مفرزة ،فان الرهن يكون صحيحا ، الا أن مصيره منوط بنتيجة القسمة ،فاذا وقع الجزء المرهون فى نصيب الشريك الراهن ،فان الرهن يستقر نهائيا على هذا الجزء ، أما اذا لم يقع هذا الجزء فى نصيبه ، انتقل الرهن بمرتبته الى الجزء الذى آل الراهن بطريق القسمة (مبدأ الحلول العينى) . ونفس الحكم اذا آل اليه مبلغ من النقود كما عرضنا حالا . وقبل القسمة لايكون الرهن نافذا فى مواجهة باقى الشركاء ما لم يصدر منهم اقرار له . ويحق للدائن المرتهن طلب ابطاله على أساس الغلط اذا كان يجهل أن الراهن يمتلك الحصة على الشيوع .

الباب الثانى

آثار الرهن الحيازى

يرتب الرهن الحيازى آثارا بين طرفيه ،وآثارا فى مواجهة الغير ،نعرض لها على التوالى .

الفصل الأول

آثار الرهن الحيازى بين المتعاقدين

يولد عقد الرهن ،بوصفه عقد ملزم للجانبين التزامات وحقوق متبادلة على عاتق كل من الراهن والمرتهن نعرض لها على التوالى :

المبحث الأول

التزامات الراهن وحقوقه

أولا : التزامات الراهن

يلتزم الراهن بانشاء حق الرهن ، وبضمان سلامة الرهن ونفاذه ،وضمان هلاك المرهون أو تلفه ،وهو يلتزم كذلك بتسليم الشىء المرهون .

١ ـ التزام الراهن بترتيب حق الرهن :

ينشئ الحق فى الرهن للدائن المرتهن بمجرد ابرام عقد الرهن ، وذلك متى كان الشيء المرهون مملوكا للراهن ، ومعينا بالذات . أما اذا كان المرهون ، من الأشياء المعينة بالنوع ، فان الراهن ، تنفيذا لالتزامه باعطاء الرهن ، يلتزم بافرازه ، واذا كان الراهن لايملك الشيء المرهون ، فانه يلتزم بالحصول على اقرار المالك الحقيقي حتى ينشأ الرهن ، ويظل ملتزما بايجاد حق الرهن والا اعتبر مخلا بالتزامه الناتج عن العقد ، ويحق للدائن أن يطالبه بالتعويض وان يطلب سقوط أجل الدين .

ونشوء الحق فى الرهن وتنفيذ الراهن لالتزامه فى هذا الصدد أمر يختلف عن اتخاذ الاجراءات اللازمة لنفاذه فى حق الغير ، فالدائن المرتهن يستطيع التنفيذ بحقه على الشيء المرهون ولو لم يكن الرهن نافذا على الغير طالما لايوجد دائنون آخرون للراهن يزاحمون الدائن فى قيمة الشيء المرهون . وعلى ذلك فان الحق فى الرهن ينشأ بمجرد الاتفاق بين الأطراف ، أما اجراءات نفاذه فى مواجهة الغير فهى أمر مستقل . مثال ذلك رهن الدين

الذى يتم بمجرد الاتفاق بين الراهن (المحيل) والمرتهن (المحال اليه) ، لكنه لا ينفذ فى حق المدين الا بقبوله أو اعلانه به .

٢ ـ التزام الراهن بتسليم الشئ المرهون :

يرتب عقد الرهن على عاتق الراهن التزاما بتسليم العين المرهونة الى الدائن المرتهن أو الى عدل يعينه المتعاقدان ، والتسليم يعد التزاما لا ركنا فى العقد ، وقبل التسليم يتم الرهن ، ويترتب الحق العينى ، ويبقى هذا الحق نافذا فيما بين المتعاقدين ويستطيع الدائن عند حلول الدين أن ينفذ على العين المرهونة بحقه باعتباره دائنا مرتهنا لا باعتباره دائنا عاديا . ولكن لا يكون له أن يتقدم أو يتتبع ، لأن الرهن لا ينفذ فى حق الغير قبل التسليم.

وتكمن أهمية التسليم فى أنه يمكن الدائن من حبس العين المرهونة لحين استيفاء حقه ، ويستطيع أن يحافظ على العين ويستغلها ويحبس غلتها حتى يستوفى حقه ، وتبدو أهمية التسليم كذلك فى أنه يمكن الدائن من حيازة العين ، وهى شرط لنفاذ الرهن فى حق الغير ، حيث يترتب على انتقال الحيازة اعلان الغير

بوجود الرهن .

والأصل أن يتم التسليم الى الدائن المرتهن ، الا أنه يجوز اتفاق الراهن والمرتهن على أن يتسلم المرهون شخص أجنبى يسمى عدلا يقوم بالاحتفاظ بالشيء نيابة عن المرتهن . ويجب بداهة قبول العدل لمهمته .

وينص المشرع اليمنى على تلك الأحكام فى المادة ٩٧٢ بقوله : "اذا انعقد الرهن صحيحا لزم الراهن تسليم المرهون ..." وتنص المادة ٩٦٧ على أنه يتم القبض بالتسليم ، ويكون فى المنقول بنقله الى يد المرتهن ، وفى غيره بالتخليه بينه وبين المرتهن وتمكين المرتهن منه . وتنص المادة ٩٥٨ على أنه : يجوز للراهن والمرتهن أن يشترطا فى العقد وضع الرهن عند عدل يتفقان عليه ، فان رضى العدل صارت يده كيد المرتهن ، فيكون له قبض الرهن وحبسه . وطبقا للمادة ٩٨١ لا يصح للعدل الذى اختير لقبض المرهون وحبسه أن يسلمه لأحد العاقدين ، الراهن أو المرتهن الا باذن الآخر ، فان سلم لأحدهما بدون اذن الآخر ضمن له قيمته .

وتنص المادة ١٠٩٩ مصرى على أنه : ١ - على الراهن تسليم

الشيء المرهون الى الدائن أو الى الشخص الذى عينه المتعاقدان لتسلمه . ٢ ــ ويسرى على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع .

ومعنى ذلك أنه تتبع فى تسليم العين المرهونة الأحكام التى تنطبق على تسليم العين المبيعة ، من حيث كيفية التسليم ومكانه وما الى ذلك . والأصل أن يتم التسليم حقيقة أى ماديا ، وقد يكون التسليم رمزيا كتسليم مفتاح المخزن الموجودة به المنقولات المرهونة وبصفة عامة يمكن القول بأن التسليم يتم بالطريقة التى تتفق مع طبيعة الشيء المرهون ، فمثلا يتم تسليم الديون عن طريق تسليم سنداتها ، ويرد التسليم على الشيء المرهون وملحقاته وتوابعه طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين .

والأصل أن يتم التسليم فور ابرام عقد الرهن أو بعد ذلك بقليل ، ويكون ذلك فى المكان المتفق عليه والا فى مكان وجود الشيء المرهون وقت انشاء الرهن .

ونظرا لأهمية الحيازة فى الرهن فان المشرع اليمنى ينص على أنه لايجوز للراهن أن يسترد المرهون دون اذن المرتهن فان

استرده بدون اذن المرتهن لزم رده ، وان أتلفه لزمه تقديم مـــا يقوم مقامه بقدر قيمته ولا يخل ما تقدم بعقاب الراهن (م ٩٨٢).

واذا أخل الراهن بالتزامه بالتسليم ،جاز للمرتهن طبقا للقواعد العامة أن يجبره على تنفيذ التزامه عينا اذا كان ذلك ممكنا ،فيتسلم المرهون رغما عن الراهن ، واذا تعذر ذلك أمكن فسخ الرهن مـع التعويض ان كان له مقتضى . ويمكن أن يترتب على الفسخ سقـــوط أجل الدين المضمون لعدم تقديم المدين ما وعد به من تأمين .

٣ ــ التزام الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه :

يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه ،وليس له أن يأتى عمـــلا ينقص من قيمة الشىء المرهون أو يحول دون استعمال الدائـــن لحقوقه المستمدة من العقد وللدائن المرتهن ، فى حالـــة الاستعجال ،أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التى تلـــزم للمحافظة على الشىء المرهون (م ١١٠١ مصرى) .

فليس للراهن مثلا أن يخرب العين قبل تسليمها . أو يعطى عليها للغير حقا عينيا نافذا فى حق الدائن المرتهن . وعليـه أن يمتنع عن القيام بكل عمل مادى يحول بين الدائن وبين ادارته المال

المرهون واستغلاله ، وليس له أن يسلب المرتهن حيازته .

ويلتزم الراهن بالامتناع عن التعرض القانونى الذى يؤثر فى حقوق الراهن ، فلا يجوز له أن يتصرف فى المال المرهون الى الغير تصرفا يضر بالدائن أو يتعارض مع حقوقه . ويكون الراهن ملتزما كذلك بدفع التعرض القانونى الصادر من الغير كما لو ادعى شخص بحق على العين المرهونة من شأنه المساس بحق الدائن المرتهن .

وتنص المادة ٩٧٤ يمنى على ذلك بقولها : "ليس للراهن بعد القبض أن يتصرف فى المرهون تصرفا يزيل ملكه عنه . واذا تصرف مثل هذا التصرف فلا ينفذ فى حق المرتهن الا باذنه ..." .

وللدائن ، فى حالة الاستعجال ، أن يتخذ على نفقة الراهن الوسائل التى تلزم للمحافظة على الشىء المرهون ، كما لو كان المرهون مضمونا برهن ، فيقيده الدائن المرتهن أو يجدد قيده . ويرجع بالمصاريف على الراهن ، وهذا يرجع بها على من رهن له .

ويلتزم الراهن بصفة عامة بأن يدفع للمرتهن المصروفات الضرورية التى ينفقها فى سبيل المحافظة على المال المرهون ،

وكذلك المصروفات النافعة فى حدود ما ينشأ عنها من زيادة فى قيمة هذا المال .

وأخيرا فان الراهن يلتزم بالقيام بكل ما يلزم لجعل الرهن نافذا فى حق الغير ، كتقديم المستندات اللازمة لاجراء قيد الرهن اذا كان المرهون عقارا ، أو اتخاذ الاجراءات اللازمة لنفاذ حوالة الحق رهنا ، أو القيام باثبات رهن السند الاسمى فى دفاتر الشركة التى أصدرته .

واذا أخل الراهن بالتزامه بضمان سلامة الرهن ونفاذه ، كما لو تلفت العين أو استحقت للغير ، جاز للدائن المرتهن أن يطلب التنفيذ بمقابل عن طريق تقديم عين بديلة أو تأمين تكميلى يعادل ما نقص من قيمة العين المرهونة . وللدائن الحق فى طلب فسخ الرهن ، ويترتب على ذلك سقوط أجل الدين ويصبح واجب الأداء حالا .

٤ ـ التزام الراهن بضمان هلاك المرهون وتلفه :

تنص المادة ٩٨٣ يمنى على أن المرهون فى يد حابسه مضمون على المرتهن بقيمته يوم التلف ما لم يكن مثليا فبمثله الا ما تلف بأمر

غالب . وأما العدل المختار فلا يضمن الا ما تلف بتعد أو تفريط منه .

يبين النص حكم تلف المرهون ، ابان الرهن ،وهو فى يد حابسه ،فهو مضمون على المرتهن تلزمه قيمته ما لم يكن التلف بأمر غالب أى قوة قاهرة ،فانه فى هذه الحالة يتلف على مالكه وهو الراهن . وضمان المرهون يكون بقيمته يوم التلف ان كان قيميا ، وان كان مثليا فبمثله . أما ان كان المال المرهون فى حيازة عدل مختار فانه لا يضمن الا ما وقع بتعد أو تفريط منه . فان كان التلف راجعا الى فعل غيره دون القوة القاهرة أى الأمر الغالب ،فالضمان على المرتهن .

وللمرتهن أو العدل بيع المرهون اذا خشى فساده أو تلفه ويقوم الثمن مقام المرهون فى الرهن (م ٩٩٠ يمنى) . ويتم البيع بالمزاد العلنى أو بالمساومة بحسب المصلحة (م ٩٩٢ يمنى) .

ونفس الأحكام هى التى يأخذ بها المشرع المصرى حيث يضمن الراهن هلاك الشىء المرهون أو تلفه اذا كان الهلاك أو التلف راجعا لخطئه أو ناشئا عن قوة قاهرة (م ١١٠٢) .ويحيل المشرع ،

فى حكم هلاك المال المرهون الى المادتين ١٠٤٨ ، ١٠٤٩ الخاصتين بهلاك الشىء المرهون رسميا أو تلفه ، وبانتقال حق الدائن من الشىء المرهون الى ما حل محله من حقوق . ويمكن اجمال هذه الأحكام فيما يلى :

اذا هلك الملك المرهون أو تلف نتيجة خطأ الراهن ، كان الدائن المرتهن بالخيار بين ان يقتضى تأمينا كافيا أو يستوفى حقه فورا .

أما اذا حدث الهلاك أو التلف بسبب أجنبى ، فان المدين يكون بالخيار بين أن يقدم تأمينا كافيا أو أن يقوم بالوفاء بالدين فورا قبل حلول الأجل ، هذا ما لم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين .

فاذا طلب الدائن الوفاء بالدين حالا ، ولم يكن الدين منتجا لفوائد ، فلا يكون له حق الا فى استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصا منها الفوائد بالسعر القانونى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين .

وفى جميع الأحوال اذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض

العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ،كان للدائن أن يطلب الى القاضى وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر .

واذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان ،انتقل الرهن بمرتبته الى الحق الذى يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة .

ثانيا : حقوق الراهن

١ ـ ملكية الراهن للمال المرهون :

يترتب على الرهن الحيازى تخلى الراهن عن حيازة العين المرهونة ، وسلطة ادارتها واستغلالها ،الا أنه بسلطة التصرف حيث يظل محتفظا بملكية العين ،ولكن هذه السلطة تنحصر فى التصرفات القانونية التى لا تضر بحقوق الدائن المرتهن ، فللراهن الحق فى نقل ملكية المرهون أو ترتيب حق عينى طالما كان ذلك لا يتعارض مع حقوق الدائن عليه . وكذلك الحال بالنسبة للتصرفات المادية ،حيث لا يجوز للراهن القيام بها اذا كان من شأنها

الاضرار بالشئ المرهون والتأثير على حقوق الدائن .

وينص المشرع اليمنى على ذلك بقوله: ليس للراهن بعد القبض أن يتصرف فى المرهون تصرفا يزيل ملكه عنه، واذا تصرف مثل هذا التصرف فلا ينفذ فى حق المرتهن الا باذنه (م ٩٧٤) . فالنص يجعل سلطة الراهن فى التصرف فى المال المرهون مقيدة باذن الدائن الذى يجيز التصرف أو يطلب عدم نفاذه فى مواجهته اذا كان ضارا بحقوقه . ولكن يجوز بيع المرهون فى حالتين : اما باتفاق طرفى الرهن : الراهن والمرتهن أو بأمر القاضى (م ٩٨٦) ، ويكون البيع بغرض الوفاء بالدين أو رهن ثمنه بدل المرهون (٩٨٥) ، ويتم البيع طبقا للشروط المتفق عليها ، سواء بالمزاد أو بالمساومة تبعا لما تحقق به المصلحة ، ولا يجوز فى بيع المساومة أن يقل الثمن عن المثل ، فاذا بيع بأقل من ذلك ضمن البائع الفرق للراهن أو للمرتهن بحسب الأحوال (م ٩٩٢) .

ومن تطبيقات حق الراهن فى التصرف فى المال المرهون ما تنص عليه المادة ١١٢٠ مصرى بقولها : يجوز للراهن اذا عرضت فرصة لبيع الشئ المرهون وكان البيع صفقة رابحة ، أن يطلب من القاضى

الترخيص فى بيع هذا الشئ ، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين ، ويحدد القاضى عند الترخيص شروط البيع ويفصل فى أمر ايداع الثمن .

وتنص المادة ١١١٩ على أنه اذا كان الشئ المرهون مهددا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده اليه مقابل شئ آخر يقدم بدله ، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق ، ويفصل القاضى فى أمر ايداع الثمن عند الترخيص له فى البيع ، وينتقل حق الدائن فى هذه الحالة من الشئ الى ثمنه .

٢ ـ حيازة المال المرهون :

يؤدى الرهن الحيازى الى تخلى الراهن عن حيازة المال المرهون الى الدائن المرتهن أو الى عدل ، وحيازة المرتهن تكون على سبيل الرهن أى حيازة لحق الرهن ، أما حيازة حق الملكية فتبقى للراهن ، وينوب المرتهن عنه فى هذه الحيازة . ويترتب على ذلك أن المرتهن يكون حائزا قانونيا لحق الرهن ، وحائزا عرضيا بالنسبة لحق الملكية ويترتب على ذلك عدة نتائج هامة :

أ ــ يتحمل الراهن تبعة هلاك المرهون بسبب أجنبي وغرمـــه عليه ، وله الحق في غلته وثماره ،ولكن الدائن المرتهن يقوم بالادارة والاستغلال نيابة عنه ويحبس الغلة حتى يستوفي حقه (م ٩٧٨ ، ٩٧٩ يمني) .

ب ــ يلتزم المرتهن بتعويض الراهن ،بوصفه المالك عنـــدما يسترد المال المرهون ، بعد سداد الدين ،عن النقص الذي لحـــق بقيمته . فاذا كان النقص بسبب انخفاض السعر أو بسبب الجفاف فلا ضمان ، وان كان لغير ذلك فيضمنه المرتهن ، ولكن يتجاوز عن النقص اليسير ، وهو ما لا يزيد على النصف ، أما النقص الكبير وهو ما يجاوز النصف ،فالراهن بالخيار عندما يحق له استرداد المرهون ، بـــين أخذ العين مع التعويض عن النقص أو بأخذ قيمة المرهون سليما غير منقوص (م ٩٨٤) .

جـ ــ ليس للمرتهن تملك المرهون بالتقادم مهما طالت مـــدة حيازته لأن يده عارضة ،فهو لا يحوز الشيء بنية تملكه .

د ــ اذا كان الشيء المرهون عقارا وكان الراهن غير مالـــك ، الا أنه يضع يده عليه (حيازة قانونية) بنية التملك ، فانه يكســـب

ملكيته بالتقادم متى توافرت شروطه .

هـ ـ واذا كان المرهون منقولا ثم رهنه من غير مالك ، الا أن المرتهن حازه بحسن نية ، فانه يستطيع أن يكتسب حق الرهن عليه تطبيقا لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز .

المبحث الثانى

التزامات المرتهن وحقوقـــه

أولا : التزامـــات المرتهن

يلتزم المرتهن المحافظة على الشىء المرهون ،واستثمـــاره ، وادارته ،ورده الى الراهن بعد استيفاء حقه .

١ ـ الالتزام بحفظ المال المرهون وصيانته :

اذا تسلم الدائن المرتهن الشىء المرهون ،فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشىء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع الى سبب أجنبى لا يد له فيه (م١١٠٣ مصرى) .

فيجب على الدائن القيام بالمحافظة على الشىء وصيانته لابقائه على الحالة التى كان عليها وقت أن تسلمه . ويختلف مضمون الالـتزام بحسب طبيعة الشىء المرهون ،فالبناء يحتاج الى ترميمات معينـة تختلف عن الآلات التى غالبا ما تكون فى حاجة الى صيانة وتغـيير قطع غيار مناسبة . ويدخل فى أعمال الصيانة دفع الضرائب والرسـوم

المفروضة على الشىء ،واذا كان المرهون دينا وجب على المرتهن أن يحول دون تقادمه بأن يقطع التقادم السارى ضد الدين ،واذا كان له أن يقتضى شيئا من هذا الدين دون تدخل من الراهن ، كان عليه ان يقتضيه فى الزمان والمكان المعينين للاستيفاء وأن يبادر بأخطار الراهن بذلك (م ١١٢٦/ ٢) .

وينفق المرتهن المصروفات اللازمة للمحافظة على المرهون وصيانته ،ثم يرجع بها على المستفيد الحقيقى منها ، الراهن أوالمدين وغالبا ما يكونا شخصا واحدا .

وطبقا للقواعد العامة اذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشىء أو أن يقوم بادارته أو يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه ،فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك (م ٢١١) .

وبناء على ذلك يلتزم الدائن المرتهن بأن يبذل فى حفظ وصيانة الشىء المرهون عناية الرجل المعتاد ، ويقدر القاضى ذلك بحسب الظروف ،والمعيار هنا معيار موضوعى عام وليس معيارا

شخصيا .ويعتبر المشرع أن مسئولية المرتهن عن المحافظة على الشيء المرهون مسئولية تعاقدية ، ومن ثم فهو مسئول عن أى هلاك أو تلف أو خلل يحدث للشيء أثناء حيازته ،حيث يفترض ان ذلك راجع الى تقصيره ،الا اذا أثبت أن الهلاك يرجع الى سبب أجنبى لا يد له فيه . وبهذا فان عبء الاثبات يقع على عاتق الدائن المرتهن وليس على الراهن .

واذا كان الشيء المرهون مهددا أن يصيبه هلاك أو تلف أو نقص فى القيمة ، وجب على الدائن أن يبادر باخطار الراهن بذلك وفى هذه الحالة يجوز للراهن أن يسترد الشيء ، اذا قدم للدائن تأمينا آخر يراه القاضي كافيا ، أى أنه مما يدخل فى العناية المطلوبة من الدائن المرتهن أن يبادر ،وهو الحائز للشيء المرهون ، الى اخطار الراهن بما عسى أن يهدد الشيء من هلاك أو تلف أو نقص فى القيمة .

واذا أخل الدائن المرتهن بالتزامه بحفظ الشيء وصيانته ، فانه يكون مسئولا عن تعويض الراهن عن كل ضرر يلحقه بسبب هذا الاخلال ، سواء تمثل ذلك فى نقص قيمة الشيء أو هلاكه أو فقدان ملكيته .

٢ ـ التزام المرتهن باستثمار الشيء المرهون:

تنص المادة ١١٠٤ على أنه : ١ ـ ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل . ٢ ـ وعليه أن يستثمره استثمارا كاملا ، ما لم يتفق على غير ذلك . ٣ ـ وما حصل عليه الدائن من صافي الريع وما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الاصلاحات ثم من المصروفات والفوائد من أصل الدين .

يعالج النص المذكور تنظيم استغلال المال المرهون على النحو التالي :

(أ) وجوب استثمار الشيء المرهون بمقابل ، فليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل ، وتنص المادة ٩٨٠ يمني على ذلك بقولها : لا يصح اشتراط المرتهن أن يكون غلة المرهون له ، فان شرط ذلك بطل الشرط وصح الرهن ، والحكمة من ذلك هي منع الدائن من الحصول على فوائد ربوية في صورة انتفاع بالشيء دون مقابل ، لذلك يقع باطلا أي اتفاق يخالف ذلك .

ويجب أن يقوم المرتهن باستثمار الشيء المرهون ، اذا كان يقبل الاستثمار ، استثمارا كاملا ، فالاستثمار يعد من عناصر الرهن وهو حق للمرتهن وواجب عليه أيضا . فان ترك الشيء بدون استثمار أو قصر في ذلك كان مسئولا عن تقصيره ، الا أنه يجوز الاتفاق على خلاف ، كأن يتفق الراهن والمرتهن على ترك المال بدون استثمار أو أن يتم الاتفاق بينهما . على أن يستثمره الراهن بمعرفته (م ٩٧٩ يمنى) .

(ب) كيفية الاستثمار ومعياره : يلتزم الدائن باستثمار الشيء المرهون الاستثمار الذى يصلح له ، وأن يبذل فى استثماره وادارته عناية الرجل المعتاد ، ولا يغير من الطريقة المألوفة لاستغلاله الا برضاء الراهن . ويبادر الى اخطار الراهن بكل ما يقتضيه أن يتدخل .

(جـ) خصم ثمار الشيء : "يصبح المرتهن مدينا للراهن بغلة الشيء المرهون ، ويقصد بها المبالغ التى تتبقى من ثماره بعد خصم نفقات الاستغلال ، واذا كان الدائن المرتهن يستعمل الشيء المرهون بنفسه ، كما اذا سكن الدار المرهونة ، تعين تقدير قيمة الفائدة التى عادت عليه ، وللقاضى أن يستعين فى ذلك بأهل الخبرة "

وتنص المادة ٩٧٩ يمنى على أنه اذا استغل الراهن أو المرتهن باذن الآخر الشيء المرهون ، فان غلته تلحق بالمرهون وتصير رهنا ، ويتم خصمها من الدين ان كانت من جنسه . وتنص المادة ٩٧٨ على أن غلة المرهون اذا استغل ، سواء استغله المرتهن أو غيره ، فان غلته تكون للراهن ، مالكه ، وفى مقابل ذلك يكون غرمه عليه من نفقة يحتاجها لاحيائه أو اصلاحه أو صيانته ، ويستثنى من ذلك الحيوان فان يكون للمرتهن أن ينتفع به فى مقابل نفقته ، اذ الغنم بالغرم ولا مظنة رباء فى هذه الحالة ، وهو ما جرى به العرف .

ويتم خصم مقابل الانتفاع وثمار الشيء المرهون من الدين المضمون بالرهن ، ولو لم يكن قد حل أجله ، وفى هذا خروج على القاعدة العامة فى المقاصة التى تقضى بأن يكون الدينان مستحقى الأداء (م ٣٦٢) . ومن ثم فان الريع يعتبر وسيلة من وسائل سداد الدين .

ولكن المشرع يضع ترتيبا معينا للأموال التى يتم خصمها قبل ذلك ، فيخصم أولا : قيمة ما ينفق فى المحافظة على الشيء وفى الاصلاحات ، وتشمل مصروفات الحفظ والصيانة والضرائب والرسوم ، ثانيا : المصروفات الأخرى ، كمصروفات العقد الذى أنشأ الدين من

سمسرة وأتعاب وقيد وتجديد القيد ان وجد . ثالثا : الفوائد التى تسرى على أصل الدين سواء كانت فوائد اتفاقية أو قانونية .
رابعا : سداد أصل الدين كله أو بعضه .

(جـ) الاتفاق على جعل الثمار فى مقابل الفوائد : تنص المادة ١١٠٥ مصرى على أنه اذا كان الشىء المرهون ينتج ثمارا أو ايرادا واتفق الطرفان على أن يجعل ذلك كله أو بعضه فى مقابل الفوائد ، كان هذا الاتفاق نافذا فى حدود أقصى ما يسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية .

يجيز النص الاتفاق على أن يحصل المرتهن على غلة الشىء المرهون فى مقابل فوائد الدين المضمون ، بشرط ألا يؤدى مثل هذا الاتفاق الى حصول الدائن على فوائد ربوية أى تجاوز الحد الأقصى الجائز قانونا (٧٪) ، أما اذا زادت غلة العين المرهونة على هذا الحد الأقصى ، فان الاتفاق لا يجوز لتضمنه فوائد ربوية ، ويتم انقاص الفوائد الى الحد الأقصى وتكون الزيادة من حق الراهن يخصمها الدائن المرتهن مما هو مستحق له من مصروفات وأصل الدين .

وإذا لم يتفق الطرفان على أن تجعل الثمار فى مقابل الفوائد وسكتا مع ذلك عن تحديد سعر الفائدة ، حسبت الفائدة على أساس السعر القانونى دون أن تجاوز قيمة الثمار ، فان لم يعينا ميعاد الحلول الدين المضمون ، فلا يجوز للدائن أن يطالب باستيفاء حقه الا من طريق استنزاله من قيمة الثمار ، دون اخلال بحق المدين فى الوفاء بالدين فى أى وقت أراد .

ومعنى ذلك أنه كثيرا ما يسلم الراهن العين للدائن ، ويسكت عن تحديد سعر الفائدة وميعاد حلول الدين ، فيجب تطبيق القواعد العامة فى هذه الحالة ، على أن تحسب الفائدة على أساس السعر القانونى دون أن تجاوز الثمار ، فاذا بقى شئ من الثمار خصم من أصل الدين ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين الا من طريق خصمه من فائض الثمار ، فاذا لم يكن للثمار فائض كان الدين غير محدد الأجل ، فيحدد القاضى أجلا للحلول ، مراعيا فى ذلك موارد المدين الحالة والمستقبلة ومقتضيا عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه . ولا شك أن المدين يستطيع أن يوفى الدين فى أى وقت شاء ، فيسترد العين المرهونة .

(د) جزاء اخلال المرتهن بالتزامه بالاستثمار ،فاذا أخـــل المرتهن بواجبه فى العناية باستثمار الشئ المرهون ،ولم يبذل فى ذلك عناية الرجل المعتاد ، كان مسئولا أمام الراهن عن تقصيــره ، وللراهن الحق فى أن يطلب وضع الشئ تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه ٠

(هـ) صفة المرتهن فى استثمار المرهون : يذهب البعض الــى " أن المرتهن فى الرهن الحيازى يتمتع بسلطة من سلطات المالك الأساسية ، وهى استغلال المال ٠ فادارة المال المرهون واستثماره تعتبر من عناصر الرهن ،وعلى هذا النحو نكون بصدد سلطة تدخل فى مضمون الحق العينى المقرر للدائن المرتهن ،وهو اذ يباشر هذه السلطة ، يكون أصيلا عن نفسه ، لا نائبا عن الراهن ، ذلك أن الرهن الحيازى تأمين عينى خاص يقوم على تمكين الدائن المرتهــن من حيازة المرهون ،ويفضى الى تقرير حق عينى تبعى عليه ،مضمــون هذا الحق يتناول ، بين السلطات التى يخولها ،حق استثمـــار المال المرهون وخصم الدين بأصله وملحقاته من غلة الاستثمار ،وكأن الراهن اذ نقل الى الدائن سلطة الاستغلال المتفرعة عن حق الملكية يتلقى عوضا عنها ،ابراء ذمته من الدين وملحقاته بالقدر الــــذى

يستهلك من الغلة . ومن هنا يظهر لنا أن طبيعة هذا التصرف القانونى ،اقتضت من المشرع أن يجعل استغلال المال المرهون حقا للدائن وواجبا عليه،مظهر الحق فيه انه يستأثر بالثمرات وحده ، فلا يشاركه فيها أحد ، ومناط الواجب أن هذا الاستثمار يقع بمقابل ، يتمثل فى خصم الدين وملحقاته . وهكذا يصل أصحاب هذا الرأى بالمرتهن الى مركز يقرب من مركز المنتفع الذى يستمد حق استثمار المال من حق الانتفاع المقرر له عليه ،ولكن يوجد بين المرتهن حيازيا وبين المنتفع ، بالنسبة الى الاستثمار ، فرقان جوهريان : فالاستثمار مجرد حق للمنتفع ، بمعنى أن له أن يستثمر المال أو لا يستثمره ، ولكنه بالنسبة الى المرتهن ،حق وواجب معا ،بمعنى ان تركه المرهون بدون استثمار يشغل مسئوليته قبل الراهن،والفرق الثانى هو أن المنتفع يأخذ الثمار لنفسه ، ولكن المرتهن ،وان أخذ الثمار ، الا أنه لا يأخذها بدون مقابل ،بل يخصم قيمتها من الالتزام المضمون" . ويتفق هذا الاتجاه مع الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى . حيث ورد فيها " والحق فى أخذ الغلة وخصمها هو عنصر من عناصر حق الرهن ، فالدائن المرتهن يستولى على الغلة اصيلا عن نفسه لا نائبا عن الراهن".

" ويؤخذ على هذا الرأى التناقض من وجهين ، الأول فى اعتباره استغلال الشىء المرهون حقا للمرتهن ، وفى نفس الوقت واجبا عليه ، لأن الحق ، فى نظرية القانون ، نقيض الواجب . ولا يمكن ، فى الحقيقة أن يكون الاستغلال حقا للمرتهن الا اذا خول له الرهن الاحتفاظ بالغلة . والثانى فى اعتباره استغلال المرتهن للشىء المرهون عنصرا فى الرهن الحيازى ، حين أجيز فى المادة ١١٠٤ / ٢ ، الاتفاق على ترك الشىء المرهون بغير استثمار ، فما كان يجوز هذا الاتفاق لو كان استثمار الشىء المرهون عنصرا فى الرهن الحيازى " .

ويذهب الرأى الغالب " الى اعتبار المرتهن ، فى استغلاله الشىء المرهون ، وكيلا عن الراهن ، أو نائبا قانونيا عنه ، لا أصيلا عن نفسه ، فنصوص القانون صريحة فى الزام الدائن باستغلال المرهون ما لم يوافق الراهن على اعفائه منه ، كما أنها تقطع بأن الدائن لا ينتفع بالشىء دون مقابل وانما لحساب الراهن ويجب أن يؤدى له حسابا عن الغلة ، وهذه الأحكام تتنافى مع امكان القول بأن الرهن يعطى للمرتهن الحق فى أن يستولى على الغلة أصيلا عن نفسه لا نائبا عن الراهن " . وذهبت محكمة النقض فى هذا الاتجاه حيث قضت بأن الدائن المرتهن رهن حيازة يعتبر قانونا وكيلا عن صاحب

العين المرهونة فى ادارتها واستغلالها وقبض ريعها ، وعليه أن يقدم للراهن حسابا مفصلا عن ذلك .

(و) الاستثمار والخصم فى حالة رهن الديون : تنص المادة ١١٢٦ على أن للدائن المرتهن أن يستولى على الفوائد المستحقة على الدين المرهون والتى تحل بعد الرهن ، وكذلك له أن يستولى على كل الاستحقاقات الدورية التى لهذا الدين ، على أن يخصم ما يستولى عليه من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين المضمون بالرهن ، كل هذا ما لم يتفق على غيره .

واذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن ، فلا يجوز للمدين أن يوفى الدين الا للمرتهن والراهن معا ، ولكل من هذين أن يطلب الى المدين ايداع ما يؤديه ، وينتقل حق الرهن الى ما تم ايداعه . وعلى المرتهن والراهن أن يتعاونا على استغلال ما أداه المدين ، وأن يكون ذلك على أنفع الوجوه للراهن دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن ، مع المبادرة الى انشاء رهن جديد لمصلحة هذا الدائن (م ١١٥٨) .

واذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن

مستحق الأداء جاز للدائن المرتهن اذا لم يستوف حقه ،أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقا له أو أن يطلب بيع هذا الدين أو تملكه (م ١١٢٩) ٠

٣ ـ التزام الدائن المرتهن بادارة الشيء المرهون :

يلتزم الدائن المرتهن بادارة الشيء المرهون ،ويديره الادارة المعتادة المألوفة ٠ وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون الا برضاء الراهن ،ويجب عليه أن يبادر باخطار الراهن عن كل أمر يقتضى تدخله (م ١١٠٦) ٠

ويستوفى الدائن المصروفات التى ينفقها فى ادارة الشيء المرهون فهذه كلها يستوفيها من غلة الشيء المرهون ،أو يستوفيها من الراهن ٠

واذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو ادارة الشيء ادارة سيئة أو ارتكب فى ذلك اهمالا جسيما ، كان للراهن ان يطلب وضع الشيء تحت الحراسة ، أى وضعه فى يد حارس يقوم بالعناية اللائقة ،

الى أن ينقضى الرهن . ويحق للراهن كذلك أن يسترد الشـــىء المرهون مقابل دفع ما عليه . وفى هذه الحالة اذا كان المبلـــغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فائدة ولم يكن قد حل اجله ، فـــلا يكون للدائن الا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانونى عن المدة ما بين الوفاء ويوم حلول الدين .

٤ ــ الالتزام برد الشىء المرهون :

يلتزم الدائن برد الشىء المرهون الى الراهن بعد أن يستوفى كامل حقه ، وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعويضـــات . ويجب رد الشىء المرهون كذلك فى حالة انقضاء الرهن . ولو بقـــى الدين المضمون ، كما لو انقضى بفسخ الرهن أو بالنزول عن حـــق الرهن ، فالالتزام بالرد يقوم بمجرد انقضاء الرهن بصفة تبعية تبعـــا لانقضاء الدين المضمون ، أو بصفة أصلية بالتنازل عنه مثلا .

ويقابل الالتزام بالرد حق شخصى للراهن فى استرداد الشىء المرهون ، وللراهن أن يطالب بحقه عن طريق الدعوى الشخصيـــة الناشئة عن عقد الرهن تسمى دعوى الرهن ، وله أيضا أن يستخـــدم دعوى الاستحقاق العينية على أساس ملكيته للشىء المرهون ، وهنا

يتعين عليه اثبات ملكيته ، بخلاف الحال في الدعوى الأولى التي يكفى فيها اثبات عقد الرهن .

ولا يكفي الوفاء الجزئي للدين للمطالبة برد الشيء المرهون ، فالدائن المرتهن يستطيع حبس الشيء المرهون الى حين استيفاء كل حقه تطبيقا لمبدأ عدم تجزئة الرهن ، بل ان الدائن يمكن أن يتمسك بحقه في الحبس ، رغم انقضاء الرهن ، لحمل الراهن على الوفاء بالتزام يتعلق بالشيء المرهون ، اعمالا للقواعد العامة في حق الحبس ،كما لو كان قد أنفق على الشيء مصروفات نافعة .

ويلتزم المرتهن برد الشيء المرهون وملحقاته ،بالحالة التي كان عليها وقت التسليم ، والتزام المرتهن برد الشيء المرهون التزام بنتيجة ، فيكون مسئولا عن هلاكه أو تلفه ، ما لم يثبت أن ذلك الهلاك أو التلف يرجع الى سبب أجنبي لا يد له فيه .

ثانيا : حقوق المرتهن

حق المرتهن في التنفيذ على الشيء المرهون :

يرتب عقد الرهن للدائن المرتهن حق حبس الشيء المرهون

الى حين استيفاء حقه ، هذا بالاضافة الى الحق فى التنفيذ علـــى هذا الشيء للحصول على ذلك الحق ، ويباشر المرتهن ، فى سبيل ذلك ، اجراءات التنفيذ استعمالا لدعوى الرهن ٠

والدائن عندما ينفذ على الشيء المرهون ، فهو يستعمل الضمان الخاص المقرر له بمقتضى عقد الرهن ، وهو بالاضافة الى ذلك يستطيع التنفيذ على جميع أموال المدين استعمالا لحقه فى الضمان العـــام ، الا أنه فى هذا يتزاحم ويتساوى مع باقى الدائنين العاديـــين للمدين ٠ أما اذا كان الراهن غير المدين ، فان حق الدائن يقتصـــر على الشيء المرهون لأن مسئولية الراهن ككفيل عينى تنحصر فى قيمة المال المرهون ٠

بطلان شرط تملك الشيء المرهون :

تنص المادة ٩٧٦ يمنى على أنه اذا اشترط أن يكون المرهـــون للمرتهن عند حلول أجل المرهون به كان الشرط باطلا ، والرهـــن صحيحا ٠

ويتضمن القانون المصرى نصا مماثلا ورد بشأن الرهن الرسمى ، الا أن حكمه ينطبق على الرهن الحيازى كذلك لأن المشرع أحـــال

صراحة فى المادة ١١٠٨ ، وتنص المادة ١٠٥٢ على أنه ١ـ يقــع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله فى أن يمتلك العقار المرهون فى نظير ثمن معلوم أيا كان ، أو أن يبيعه دون مراعاة للاجراءات التى فرضها القانون ولو كـــان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن . ٢ ـ ولكن يجوز بعد حــلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقــار المرهون وفاء لدينه .

ويترتب على ذلك أنه ليس للدائن المرتهن حيازيا أن يتملــك المال المرهون بمجرد عدم الوفاء بالدين عند حلول أجله ، ولا ان يبيع ذلك المال دون مراعاة للاجراءات المقررة ، ويبطل كل اتفــاق يقضى بغير ذلك ، سواء ورد الاتفاق فى عقد الرهن أو فى اتفــاق لاحق ، ويرد البطلان على ذلك الاتفاق لأنه يخالف النظام العام ، ولكن عقد الرهن يظل صحيحا ، الا أن هذا الاتفاق يكون صحيحــا اذا أبرم بعد حلول الدين أو بعد حلول قسط منه .

والسبب فى بطلان هذا الاتفاق هو حماية الراهن من استغلال الدائن لضعف مركزه بسبب احتياجه للنقود ، حيث يقرر الدائـــن

ثمنا بخسا للشيء المرهون يتملكه به بمجرد حلول أجل الدين دون سداد، معفيا نفسه من اتباع الاجراءات التي يفرضها القانون لبيع المال المرهون والمقصود منها الحصول على أكبر قيمة ممكنة لـه . أما اذا تم الاتفاق بعد حلول الدين ، فانه يكون صحيحا لانتفاء مظنة استغلال الراهن .

بطلان البيع الوفائي :

وهو بيع يتضمن شرطا يحتفظ البائع بمقتضاه بحقه في استرداد العين المبيعة مقابل رد الثمن والمصاريف المترتبة على البيع والاسترداد . ويخفي هذا البيع في الحقيقة قرضا برهن ، ذلك أن البائع في حاجة الى نقود فيبيع ملكه ، الا أنه يحتفظ لنفسه بحق استرداده اذا أعاد للمشتري الثمن والمصروفات في أجل معين ، ويتم النص غالبا ، على ثمن أكبر من الثمن الحقيقي المدفوع فعلا ، وهكذا يخفي الاتفاق فوائد ربوية ، تتمثل في الفرق بين الثمنين ، يضطر البائع الى دفعها ، اذا رغب في استرداد المبيع ، والا فقده ، ويبرم الأفراد هذا الاتفاق تهربا من قاعدة عدم جواز تملك الدائن المرتهن للشيء المرهون عند عدم الوفاء .

ينطوى هذا البيع على قرض ربوى برهن ، لأن المشترى يكون فى منزلة المقرض ، والبائع فى منزلة المقترض ، والشىء المبيع بمثابة المال المرهون ، ولكن المقرض هنا يتمتع بضمانه أقوى لأن ملكية المال تنتقل اليه بمجرد البيع ، لهذا نص القانون على بطلان هذا النوع من البيوع بقوله : اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا (م ٤٦٥ مصرى ، ٥٥٠ يمنى) .

بيع المرتهن المرهون استيفاء لحقه :

اذا لم يقم الراهن بوفاء الدين عند حلول أجله ، فان للمرتهن حق بيع الشىء المرهون بقصد استيفاء حقه منه ، ذلك أن الرهن أداة ائتمان بهدف ضمان الوفاء بالدين ، فيكون للدائن المرتهن أن يستوف حقه عن طريق بيع المرهون والتنفيذ على ثمنه ، متقدما فى هذا الصدد على سائر الدائنين .

وقد قنن المشرع اليمنى حق المرتهن فى بيع المرهون بطريقة تضمن الحصول على أكبر ثمن له ، وتحمى الراهن من ظلم الدائن ومحاولته استغلال ضعف المدين بهدف بخس قيمة المرهون ، ويمكن اجمال الأسس التى وضعها المشرع فيما يلى (المواد ٩٨٥ : ٩٩٣) .

١ ـ الأصل أن البيع يتم بالاتفاق بين الراهن والمرتهن بالطريقة والشروط التى تحقق مصلحة كل منهما . فتنص المادة ٩٨٩ على أنه يجوز للراهن بموافقة المرتهن بيع المرهون كما يجوز للمرتهن ذلك بموافقة الراهن .

٢ ـ اذا حل أجل الدين ولم يقم الراهن بوفائه . فانه يجوز للمرتهن بيع المرهون (م ٩٨٥) ، وذلك بشرط الاتفاق على ذلك فى العقد ، لهذا تنص المادة ٩٨٧ على أنه يجوز الاتفاق على تسليط المرتهن فى بيع المرهون ،فاذا قارن الاتفاق العقد ، فلا يجوز للراهن عزل المرتهن الا بوفاء الدين ،ولا ينعزل بالموت ،واذا كان الاتفاق بعد العقد ينعزل المرتهن باللفظ وبالموت وبايفاء بعض الدين ، ويجوز توقيت الاذن بالبيع بمدة .

فالنص يبين توكيل المرتهن فى بيع المرهون ، فان تم الاتفاق على ذلك فى عقد الرهن عند انشائه ،فلا يجوز للراهن عزل المرتهن من الوكالة الا اذا وفى الدين المرهون به ، كما أن المرتهن لا ينعزل بالموت وانما يحل ورثته محله . أما اذا تم الاتفاق بعد تمام عقد الرهن ،كانت الوكالة مستقلة ،فيكون للراهن عزل المرتهن

فى أى وقت • وللمرتهن أن يعزل نفسه ،وينعزل بالموت وبايفاء بعض الدين لأن فى ذلك عدول عن الوكالة • ويجوز توقيت البيع بمدة معينة اذا انقضت فلا يصح للمرتهن بيع الرهون بعدها لأن وكالته تكون قد انتهت •

٣ ـ يجوز أن يتفق الطرفان الراهن والمرتهن على تسليط عدل أى توكيله فى بيع المرهون ،سواء كان العدل هو الحابس للمرهون أو كان غيره ، وقد يكون الاتفاق على ذلك مشروطا فى العقد أو يتم بعده ، ففى الحالتين يأخذ حكم توكيل المرتهن فى البيع كما عرضنا حالا (م ٩٨٨) •

٤ ـ فاذا حل أجل الدين ولم يقم الراهن بالوفاء ، ولم يكن هناك اتفاق على بيع المرهون أو توكيل المرتهن أو عدل فى القيام بذلك ،فى هذه الحالة يجب على الراهن أن يقوم بالبيع ،فاذا تمرد عن بيع المرهون لاستيفاء الدين من ثمنه ، فانه يكون للمرتهن أن يطلب من القاضى الأمر ببيع المرهون ، ويأمر القاضى بذلك ، بعد اعلان الراهن أو من يقوم مكانه بالطلب ، فان حضر وأصر على عدم البيع أو لم يحضر أمر القاضى بالبيع جبرا عنه لتمرده ،ويتم

البيع طبقا لما هو منصوص عليه فى الكتاب الثانى من قانون المرافعات الخاص بالتنفيذ .

ويلاحظ أنه يكون على القاضى قبل الأمر بالبيع أن يتحقق من ثبوت الدين المرهون به وبقائه فى ذمة الراهن دون وفائه وان الراهن متمرد رغم ذلك (م ٩٩١) .

٥ ـ يبين نص المادة ٩٩٢ الكيفية التى يتم بها البيع فى الأحوال السابقة ، ولا يخرج الأمر عن حالتين : أن يكون الطرفان الراهن والمرتهن قد اتفقا على شروط معينة ، فيلزم فى البيع اتباع هذه الشروط ، فاذا لم تكن هناك شروط ، بيع المرهون بالمزاد أو بالمساومة بحسب المصلحة ، ولا يجوز فى بيع المساومة أن يقل الثمن الذى يباع به المرهون عن ثمن المثل ، واذا بيع بأقل من ثمن المثل ضمن البائع الفرق بين ثمن المثل وبين الثمن الذى تم البيع به .

٦ ـ يضمن المرتهن الشئ المرهون الذى تم بيعه الى حين تسليمه للمشترى ، لأنه هو الحائز له ، فيكون مسئولا عن أى هلاك أو تلف يصيبه الى حين نقل حيازته للمشترى ، ولكن يلاحظ أن المرتهن يتحمل تبعة الهلاك الراجعة الى تقصيره ، أما ان كانت

بسبب أجنبى فان الراهن هو الذى يتحملها لأن المرهون يكـــون مملوكا له فيضمنه الى حين تسليمه للمشترى طبقا للقواعد العامة فـى عقد البيع (م٩٩٣،٩٨٣) .

بيع المرهون قبل حلول أجل الدين :

تنص المادة ٩٩٠ مدنى على أنه للمرتهن أو العدل بيع المرهـون اذا خشى فساده ، أو تلفه ويقوم الثمن مقام المرهون فى الرهن .

يقرر النص حكما استثنائيا أملته الضرورة المتمثلة فى خشيــة الحابس للمرهون عليه من التلف أو الفساد ، سواء كان الحابس هو المرتهن أو عدل مختار فيكون له بيع المرهون ، ولو عارض الراهن فى ذلك ولم يوافق عليه ،أو كان غائبا ويقوم الثمن مقام المرهون فـــى الرهن . وتعتبر هذه الحالة من قبيل الحلول العينى حيث يحـل الثمن حلولا عينيا مكان المرهون الذى تم بيعه ، قبل موعد حـلول الدين ،خشية تلفه أو فساده . ويكون للمرتهن أن يستوفى حقه من هذا الثمن بالأولوية على سائر الدائنين الآخرين .

ويجوز بيع المرهون ، قبل حلول أجل الدين ،بالاتفاق بـين الراهن والمرتهن على ذلك ، وهنا يحل الثمن محل الشئ المرهون .

ويجوز للراهن كذلك طلب بيع المرهون ،اذا كانت هناك ضرورة لذلك ،للوفاء بالدين أو لرهن ثمنه ،فان لم يوافق المرتهن على ذلك ، تم اللجوء الى القضاء لتقرير ما يراه مناسبا .

ويتضمن القانون المصرى احكاما مماثلة ،فتنص المادة ١١٢١ ، على أنه يجوز للدائن المرتهن اذا لم يستوف حقه أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع الشىء المرهون بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق ، ويجوز له أن يطلب من القاضى أن يأمر بتمليكه الشىء وفاء للدين على أن يحسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء . أورد المشرع هذا الحكم الخاص برهن المنقول تبسيطا للاجراءات التى تتبع بشأن بيع العقارات .

ونص أيضا فى المادة ١١٢٠ على أنه يجوز للراهن اذا عرضت فرصة لبيع الشىء المرهون وكان البيع صفقة رابحة ،أن يطلب من القاضى الترخيص فى بيع هذا الشىء ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين ،ويحدد القاضى عند الترخيص شروط البيع ويفصل فى أمر ايداع الثمن .

وتنص المادة ١١١٩ على أنه اذا كان الشىء المرهون مهددا

بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كـاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده اليه مقابل شيء آخر يقدم بدله ، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق ،ويفصل القاضي في أمر ايداع الثمن عند الترخيص له في البيع ، وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء الى ثمنه .

حصول المرتهن على حقه من الدين المرهون :

يمكن أن يرد الرهن على دين ،ويتم ذلك في صورة حوالة من الراهن لحقه الى المرتهن ،ويحق للدائن المرتهن أن يطالب المدين بالحق المرهون لاستيفاء دينه منه . والجدير بالذكر أنه يحق للمحال عليه أن يدفع مطالبة المحال اليه بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل ، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة .

١ ـ فاذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق بالأداء ،جاز للدائن المرتهن اذا لم يستوف حقه ،أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقا له أو أن يطلب

بيع هذا الدين كله أو تملكه (م ١١٢٩ أ) •

ومعنى ذلك أنه اذا كان محل كل من الدينين متماثلا (نقود أو مثليات) ،كان للدائن أن يقبض حقه من الدين المرهون ، فان بقى شىء كان من حق الراهن ،أما ان كان محل كل منهما مختلفا عن الآخر كان للدائن طلب بيع الحق المرهون أو تمليكه •

٢ ــ واذا حل أجل الدين المضمون قبل حلول أجل الدين المرهون ، كان للدائن المرتهن أن يطلب من القاضى بيع هذا الدين أو تملكه ،ولكن لا يجوز اجبار الملتزم بالدين على الوفاء قبل حلول أجل التزامه •

٣ ــ واذا حل الدين المرهون قبل أن يحل أجل الدين المضمون بالرهن ،فلا يجوز للمرتهن أن يستقل بقبضه ،بل يمكنه الاتفاق مع الراهن على ايداعه عند أمين يتفقان عليه ،ويتعاونا على استغلاله على خير وجه •

الفصل الثانى

آثار الرهن الحيازى بالنسبة للغير

يرتب عقد الرهن آثارا هامة فى مواجهة الغير، لذلك حرص الشرع على حمايته من خلال تقرير القواعد التى تكفل شهر الرهن حتى يتم العلم به، لذا نعرض فى البداية لنفاذ الرهن فى مواجهة الغير قبل تناول آثاره .

المبحث الأول

نفاذ الرهن الحيازى فى مواجهة الغير

يقصد بالغير هنا كل شخص يتأثر بالرهن الحيازى بما يوفره للدائن المرتهن من ميزة التقدم أو ميزة التتبع، وينطبق ذلك على سائر الدائنين الذين لهم تأمين عينى على المال المرهون، كالدائن المرتهن رهنا رسميا أو رهنا حيازيا . وصاحب حق الاختصاص أو حق الامتياز، وكذلك الدائن العادى، ومن له حق عينى أصلى على الشىء، كالمشترى الذى تنتقل اليه ملكيته، والمنتفع .

ويلزم لنفاذ الرهن فى مواجهة الغير توافر شروط معينة

يتطلبها القانون لضمان علانيته واعلام الغير به ،لينظموا معاملاتهم ، مع الراهن ،على أساس وجوده ، والا اضطربت معاملات الناس ،وحتى لا ينخدع الغير ويقرض الراهن نقودا بضمان هذا الشيء باعتباره غير مرهون ٠

وقد وجد المشرع فى نقل الحيازة وسيلة كافية لعلم الغير بوجود الرهن ،ومن ثم أصبح تخلى الراهن عن حيازة الشيء المرهون للدائن أو لعدل يتفق عليه ،شرطا عاما لنفاذ الرهن الحيازى فى مواجهة الغير ٠ والى جانب هذا الشرط العام الذى يلزم توافره بالنسبة لكل حالات الرهن الحيازى مهما كانت طبيعة الشيء المرهون : عقار ،منقول ،دين ،استلزم الشارع بعض الشروط الأخرى تختلف باختلاف نوع المال المرهون ٠

أولا

الحيازة كشرط عام لنفاذ الرهن الحيازى

ينشأ حق الرهن ،فيما بين المتعاقدين ،وتترتب جميع آثار الرهن فيما بينهما ،بمجرد ابرام العقد ، ولكن الرهن لا يكون نافذا فى مواجهة الغير الا بانتقال الحيازة الى المرتهن أو عدل يرتضيه

العاقدان ،فيجب لنفاذ الرهن فى حق الغير أن يكون الشـــىء المرهون فى يد الدائن أو الأجنبى الذى ارتضاه الطرفـــان .
ويترتب على عقد الرهن التزام الراهن بتسليم الشئ المرهون الـى المرتهن أو العدل المتفق عليه .

ويؤكد المشرع اليمنى ذلك فى المادة ٩٦٦ بقوله: ينعقـــد الرهن بالتراضى فى مجلسه ،ولا يلزم (ينفذ) الا بالقبض، أى أن أى قبض الشئ المرهون وحبسه يعد شرطا لنفاذ الرهن سواء فى مواجهة الراهن أو فى مواجهة الغير .

وتنص المادة ٩٧٢ على أنه :"اذا انعقد الرهن صحيحا لـــزم الراهن تسليم المرهون ،واذا تم القبض لزم الرهن الراهن وحـــده .... " لأنه فى مصلحة المرتهن ضمانا لاستيفاء حقه فيجوز لـــه الرجوع فيه ،أو الاستغناء عنه فى أى وقت .

الغرض من حيازة المال المرهون:

ان انتقال حيازة الشئ المرهون من الراهن الى المرتهن أو الغير يمكن الدائن المرتهن من استغلال المال المرهون والحصول

على غلته خصما من حقه المضمون بالرهن ،وتمكينه من حبس الشيء المرهون الى حين استيفاء حقه .

ولكن الحكمة الرئيسية من اشتراط انتقال الحيازة هو اعلام الغير بوجود الرهن ،فالحيازة هي الوسيلة الوحيدة لشهر الرهن خاصة في المنقول ،حيث يتم اشعار الغير بحق المرتهن على الشيء المرهون . وان من شأن بقاء المنقول في يد الراهن أن يخدع المتعاملين معه ، فيقرضونه نقودا بضمان هذا المنقول باعتبار أنه غير مرهون ، ونظرا لأهمية نقل الحيازة ،فانه يترتب على تخلفه عدم نفاذ الرهن الحيازى فى مواجهة الغير .

أضف الى ذلك أن انتقال الحيازة من الراهن يحقق حماية فعالة للمرتهن ، ويعتبر ضمانة قوية له ،وعلى الخصوص فى حالة رهن المنقول .فبقاء المنقول فى يد الراهن يسهل له اخفائه . أو التصرف فيه الى حائز حسن النية يتملكه خالصا من الرهن ،حيث يستطيع التمسك ضد المرتهن بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز .

لمن تنتقل الحيازة :

الأصل أن يتم نقل حيازة الشيء المرهون من الراهن الى

الدائن المرتهن ، ولكن يجوز نقل الحيازة الى أجنبى عن العقد (عدل) يتفق عليه العاقدان ، يحوز المال نيابة عن المرتهن .

ويتم الاتفاق على تعيين العدل اما فى عقد الرهن أو فى اتفاق لاحق ، ويجب لكى ينتج هذا الاتفاق أثره قبول العدل حيازة المال المرهون بعد ابلاغه بذلك .

والقاعدة أن العدل يحوز المال المرهون نيابة عن المرتهن ، أو عن عدة دائنين مرتهنين فى حالة رهن المال لضمان حقوق عدة دائنين ، أى فى حالة ترتيب أكثر من رهن حيازى على نفس المال . ويجوز أن يكون العدل أحد الدائنين المرتهنين ، يحوز المال لحساب نفسه ، ونيابة عن المرتهنين الآخرين فى نفس الوقت . فوجود الشئ المرهون فى حيازة العدل يمكن الراهن اذن من أن يرهن الشئ رهن حيازة أكثر من مرة .

وحيازة العدل للمال المرهون تمكن الدائن المرتهن من التخلص من عبء التزامه ، بالمحافظة على المال ، واستغلاله وادارته ورده ، وتؤمنه فى ذات الوقت من تصرفات الراهن فى هذا المال اضرارا به .

ويعتبر الدائن المرتهن رهن حيازة حائزا قانونيا لحـــق الرهن ، لأنه يحوز المال المرهون استنادا الى حقه العينى عليـه ، وهو يباشر على المال السلطات التى يخولها له هذا الحق ،ويجـوز له التمسك باكتساب حق الرهن على المنقول اذا كان الرهن صادرا من غير مالك ، وذلك استنادا الى قاعدة الحيازة فى المنقول سـند الحائز ، متى حاز المنقول على سبيل الرهن بحسن نية .

كيف تنتقل الحيازة :

يلتزم الراهن بتسلم العين المرهونة بمجرد ابرام العقـد ، ليصير الرهن نافذا فى مواجهة الغير ، ويسرى على الالتزام بتسليم الشئ المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشئ المبيع ،من حيث حالة الشئ ومشتملاته ،وكيفية التسليم ،وزمانه ومكانه .

ويكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكـن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديـا ما دام البائع قد أعلمه بذلك ،ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع .

فالتسليم غالبا ما يكون ماديا ، حيث يتم نقل المنقول من يـد

لأخرى بالمناولة ، بحيث ينتقل مباشرة الى الدائن المرتهن ويدخل تحت قبضته . وقد يتم التسليم بصفة رمزية ، فتسليم مفتاح المخزن يعد تسليما رمزيا للبضاعة الموجودة به طالما أدى ذلك الى تخلى الراهن عن السيطرة على البضائع وتمكين المرتهن منها ،ويعد وضع علامة الدائن المرتهن على المكان الذى توجد به الأشياء المرهونة بعد أن يكون الراهن قد تخلى عن هذه الأشياء هو تسليم رمزى لهذه البضائع ،وتنتقل حيازة الدين بتسليم السند المثبت له ، وتنتقل حيازة براءة الاختراع بتسليم الشهادة الخاصة به .

ويمكن أن يكون التسليم حكميا أو معنويا حيث يتم بمجرد تراضى المتعاقدين على ذلك ، كما لو كان المرهون فى حيازة المرتهن ، قبل الرهن ،بصفته مستأجرا أو مستعيرا أو مودعا لديه ، ثم يبرم الرهن ، فى هذه الحالة لايتم نقل حيازة المرهون ماديا للمرتهن لأنه يحوزه بالفعل ،ويتم التراضى معه على بقاء المرهون فى حيازته بوصفه مرتهنا .

وقد أورد المشرع المصرى تحفظا خاصا بصدد تأجير العقار المرهون للراهن ، فنص المادة ١١١٥ على أنه يجوز للدائن المرتهن

لعقار أن يؤجر العقار الى الراهن دون ان يمنع ذلك من نفـــاذ
الرهن فى حق الغير ، فاذا اتفق على الايجار فى عقد الرهن ،وجب
ذكر ذلك فى القيد ذاته . أما اذا اتفق عليه بعد الرهن وجـب أن
يؤشر به فى هامش القيد ، الا أن هذا التأشير لا يكون ضروريـا اذا
جدد الايجار تجديدا ضمنيا .

ومؤدى ذلك أنه يجوز للمرتهن تأجير العقار للراهن بشرط أن
يتم شهر الايجار حتى يكون الرهن نافذا فى مواجهة الغير رغـم
عودة العقار المرهون الى الراهن ، أما اذا لم يشهر الايجار ، فان
الرهن لا ينفذ فى حق الغير ، ولكن الرهن يظل صحيحا فيما بين
المتعاقدين .

شروط الحيـــازة :

ان الغرض من حيازة المال المرهون هو اعلام الغير بالرهـن
الذى يثقل المال ، أى اعلان حق الدائن المرتهن ليستطيع الغـير
أن يعلموا به ، لذا يجب أن تكون هذه الحيازة ظاهرة ،وأن تستمر
حتى انقضاء الدين المضمون .

١ ـ يجب أن تكون حيازة المال المرهون ظاهرة ،أى بوجـود

علامات ودلائل تدل على حيازة المال حيازة ظاهرة واضحة لا لبس فيها ولا غموض، حيث لا يخفى أمرها على أحد ، وينبغى أن يتخلى الراهن عن المال تماما على نحو يزيل كل شك أو غموض حول انتقال الحيازة الى المرتهن . فلا يجوز الاتفاق على بقاء العين المرهونة فى يد الرهن على سبيل الايجار أو العارية ،وأن ينوب عن المرتهن فى الحيازة ،ففى مثل هذه الحالات لا ينفذ الرهن فى مواجهة الغير ، باستثناء حالة تأجير العقار المرهون للراهن السابق ذكرها .

والفيصل فى كون الحيازة ظاهرة هو رفع يد الراهن عن المال المرهون بطريقة تبين للغير وجود حق المرتهن ،ويتحقق ذلك فى حالة انتقال الحيازة بشكل ظاهر وحقيقى ،وقضى تطبيقا لذلك بأنه يكفى لاعتبار المرتهن حائزا للمنقولات المرهونة ، أن توضع فى حجرة بمنزل الراهن منفصلة ومغلقة يضع عليها الدائن علامته وأختامه .

ويعتبر من قبيل الحيازة الظاهرة نص المادة ٧٧ تجارى على أنه يعتبر الدائن حائزا للبضائع متى كانت تحت تصرفه فى مخزن أو سفينة أو فى الجمرك ،أو مودعة فى مخزن عمومى ،أو متى سلمت اليه قبل وصولها تذكرة شحنها أو نقلها . ونص القانون ٢٨/ ١٩٤٠

الذى يجيز رهن المحصولات لبنك التسليف الزراعى المصرى مع بقائها فى مخازن الراهن اذا ختمت أبواب تلك المخازن بالشمع ووضعت عليها بطريقة ظاهرة الواح تحمل اسم البنك ٠

٢ ـ يجب أن تكون الحيازة مستمرة ،بمعنى وجوب احتفاظ المرتهن بحيازة المال المرهون حتى نهاية الرهن ، فينبغى ألا يعود المرهون الى حيازة الراهن ، فهو يتخلى عنه بصفة مستمرة الى حين انقضاء الرهن ٠

واستمرار الحيازة لا يتعارض مع حق المرتهن فى تسليم الشىء المرهون للغير على سبيل الحيازة العارضة ٠ فقد يقتضى استغلال الشىء المرهون ،أو تقتضى صيانته ، أن يسلمه الى شخص آخر كمستأجر أو مودع لديه أو فنى لاصلاحه ، لا يؤثر ذلك على استمرار الحيازة ونفاذ الرهن فى حق الغير ما دام الشىء المرهون لا يعود الى حيازة الراهن ٠

واذا رجع المرهون الى حيازة الراهن انقضى الرهن ، الا اذا أثبت الدائن المرتهن ان الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن ، كل هذا دون اخلال بحقوق الغير (م ١١٠٠) ٠ أى أن

رجوع الشيء المرهون الى الراهن يعد قرينة على انقضاء الرهن بالنسبة للغير وحتى في علاقة الدائن المرتهن بالراهن . لأن العادة ان الشيء المرهون لا يعاد الى الراهن الا بعد انقضاء الرهن بعد الوفاء بالدين المضمون أو بسبب تنازل المرتهن عن رهنه أو لأى سبب آخر .

الا أننا أمام قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس، حيث يستطيع المرتهن أن يقيم الدليل على أن رجوع المرهون الى الراهن كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن ، كما اذا أثبت أنه سلم اليه بقصد اصلاحه أو استخدامه لضرورة طارئة أو لأى سبب آخر كالايجار أو العارية أو الوديعة ،هنا يبقى الرهن قائما لانتفاء القرينة على انقضائه . ولكن هذا البقاء قاصر على علاقة الراهن بالمرتهن ،ولا يحتج به على الغير ، أى أن الرهن لا يكون نافذا على الغير في فترة حيازة الراهن للشيء المرهون . ولا ينفذ في مواجهة الغير الا من تاريخ عودة الحيازة من جديد للمرتهن . ويترتب على ذلك أنه اذا تصرف الراهن في الشيء المرهون أثناء حيازته له أو رتب عليه رهنا جديدا ، أو وقع عليه أحد الدائنين حجزا في هذه الفترة ، فان كل ذلك يسرى في مواجهة المرتهن وليس له أن يحتج بوجود حقه أو بأسبقية

رهنه على المتصرف اليهم أو الدائن الحاجز لأن رهنه لم يكن نافذا عليهم آنذاك ، ولا يكون للدائن المرتهن الا أن يشترك مع هؤلاء الدائنين فى توزيع الثمن على قدم المساواة معهم وطبقا للمبادئ العامة فى المفاضلة بين الدائنين .

وينبغى التنبيه فى هذا الصدد الى أن فقد الحيازة الذى يترتب عليه عدم نفاذ الرهن فى مواجهة الغير يجب أن يتحقق بارادة الدائن المرتهن وبرضائه ، أما اذا خرج الشئ من يد الدائن دون ارادته ، أو دون علمه ، كان له الحق فى استرداد حيازته وفقا لأحكام الحيازة (م ١١٠٠) . ويترتب على ذلك أنه اذا فقد المرتهن الحيازة رغما عنه أو فى غيبته ، عنوة أو خلسة ، فان ذلك لا يؤثر فى بقاء حق الرهن . ويظل نافذا فى مواجهة الغير .

ويؤكد ذلك نص المادة ٩٨٢ يمنى الذى يقضى بأنه لا يجوز للراهن أن يسترد المرهون دون اذن المرتهن ، فان استرده بدون اذنه لزمه رده وان اتلفه لزم تقديم ما يقوم مقامه بقدر قيمته ، ولا يخل ما تقدم بعقاب الراهن .

ثانيا

الشروط الخاصة لنفاذ الرهن الحيازى

بالاضافة الى انتقال الحيازة كشرط عام لنفاذ الرهن الحيازى في مواجهة الغير ، اشترط المشرع اجراءات خاصة ببعض أنواع الرهن تختلف وفقا لطبيعة المال ، وتشمل رهن العقار ، رهن المنقول ، رهن الدين .

رهن العقار:

يلزم لنفاذ الرهن الحيازى للعقار في حق الغير ، بالاضافة الى نقل الحيازة كشرط عام في كل رهن حيازى ، أن يتم شهر الرهن بقيده . ولا يغنى قيد الرهن عن ضرورة انتقال الحيازة لنفاذ الرهن في مواجهة الغير . فانتقال الحيازة والقيد شرطان لا يغنى أحدهما عن الآخر.

ويلزم اجتماع الشرطين معا لنفاذ الرهن في حق الغير ، وتتحدد مرتبة الرهن في الوقت الذى تتوافر فيه الشرطان معا ، فاذا قيد الرهن قبل انتقال الحيازة ، كان الرهن نافذا من يوم انتقالها ،

أما اذا انتقلت الحيازة قبل قيد الرهن ، فان درجته وسريانه فـــى مواجهة الغير يتحددان من يوم القيد •

ويستلزم اتمام القيد أن يكون عقد الرهن ثابتا فى محرر عرفى ، مصدقا على التوقيعات فيه • ويجب أن يتضمن المحرر كافة الشـــروط المتفق عليها بما فى ذلك تخصيص العقار المرهون والدين المضمون بالرهن • ويتم القيد عادة بناء على طلب المرتهن بوصفه صاحـــب المصلحة فى نفاذ الرهن وتحديد مرتبة حقه •

وينص المشرع اليمنى على تلك الأحكام فى المادة ٨ من قانـــون السجل العقارى التى تنص على أنه "لا تعتبر نافذة حتى بين المتعاقدين الاتفاقات العقارية مثل عقود البيع والرهن ، اذا لم يتم قيدها •••" وتنص المادة ١٥ من نفس القانون على أنه لا يمتلك الدائن المرتهـــن حقا على فى العقار المرهون الا بعد أن يستوفى الدائنون الذيـــن سبقوه فى القيد كافة حقوقهم •

رهن المنقول :

يشترط لنفاذ الرهن الحيازى على المنقول فى حق الغير الـــى جانب انتقال الحيازة أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يبيـــن

فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا . وهـذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن (م ١١١٧) .

" ويقصد الشارع ،بهذا الاجراء ،حماية الغير من صور عديدة لغش قد يعمد اليه الراهن ،يسهل وقوعها ويصعب اثباتها ،كتقديم التاريخ ،أو زيادة قدر الدين المضمون بالرهن ،أو بالادعاء بوجود رهن على المنقول لا وجود له فى الحقيقة ، تهريبا له من دائنيه ، أو تفضيلا لأحد دائنيه أو استبدال المنقول المرهون بآخر أقل أو أكثر قيمة " .

ولا يلزم لانعقاد الرهن الحيازى تحريره فى وثيقة ،لأن الرهن عقد رضائى يكفى لانعقاده الايجاب والقبول بين الراهن والمرتهـن كما أن الكتابة ليست شرطا لاثباته لأن هذا الاثبات يخضع للقواعـد العامة فى اثبات التصرفات القانونية .

ولكن الكتابة شرط لنفاذ رهن المنقول فى حق الغير ، أى أنها اجراء ضرورى للاحتجاج بالرهن فى مواجهة الغير ، شأنها فى هذا شأن اجراء القيد فى رهن العقار ولا يلزم اتمام الكتابة فى ورقـة رسمية ،بل يكفى أن تكون الورقة عرفية .

ولا يكفى ، لنفاذ الرهن على المنقول ، تدوين العقد فى ورقـــة مكتوبة ، بل يجب كذلك أن تكون هذه الورقة ثابتة التاريخ باحـدى الطرق القانونية ، ولا يحتج بها على الغير الا من يوم هذا الثبوت ، أى من يوم قيدها بالسجل المدنى المعد لذلك ، أو من يوم أن يثبت مضمونها فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ ، أو من يوم أن يؤشر عليها موظف عام مختص أو من يوم حدوث أية واقعة أخرى مما يثبت بها التاريخ .

وينبغى أن يتضمن المحرر المثبت للرهن تخصيص الدين المضمون وتعيين العين المرهونة تعيينا كافيا ، وذلك بذكر البيانات الـــتى تعين وتميز المنقول المرهون عن غيره . وبيانه بطريقة نافية للجهالة ، يجب تحديد بيانات الدين من حيث مصدره وتاريخ نشأته واستحقاقه ، المهم أن تكون البيانات كاملة بطريقة تمنع التواطؤ بين الراهـــن والمرتهن على الاضرار بالغير من خلال التغيير فى مبلغ الديـــن أو تاريخ استحقاقه أو تبديل المنقول بآخر . ويترك تقدير مدى كفايـة البيانات لقاضى الموضوع .

ويقع على الدائن المرتهن ، بوصفه صاحب مصلحة ، عبء اثبات ثبوت تاريخ المحرر المثبت لرهنه الحيازى حتى يستطيع الاحتجاج به

الغير ، فيجب أن يكون التاريخ ثابتا بوجه يقيني وأن يقيم البينة الشرعية على صحة هذا التاريخ . وثبوت التاريخ لا يغني عن انتقال الحيازة ، ومن ثم فان الرهن لا يكون نافذا في حق الغير الا بتوافر الشرطين معا . فاذا تم اثبات التاريخ قبل انتقال الحيازة . فان الرهن لا ينفذ في حق الغير الا من يوم انتقال الحيازة ، واذا انتقلت الحيازة قبل ثبوت التاريخ فان الرهن تتحدد مرتبته بالتاريخ الثابت ويترتب على ذلك أنه اذا حجز أحد الدائنين على المنقول المرهون قبل اثبات المرتهن لتاريخ الرهن ، فان هذا الحجز يسرى في مواجهة المرتهن ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يحتج بحقه على المنقول في مواجهة الحاجز الا من يوم ثبوت تاريخ المحرر المثبت لرهنه .

رهن الدين :

لا يكون رهن الدين نافذا في حق المدين الا باعلان هذا الرهن اليه أو بقبوله له . ولا يكون نافذا في حق الغير الا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للاعلان أو القبول (م ١١٢٣) .

يتضح من ذلك أن رهن الدين يسرى فى حق المدين بــه اذا قبله أو أعلن بــه ، فرهن الدين يأخذ حكم حوالة الحق التى تنفــذ على المدين بقبوله لها أو باعلانه (م ٣٧٨ يمنى) .

أما نفاذ الرهن بالنسبة للغير فيستلزم أن يتسلم المرتهن سند الدين ، وان يكون الراهن نافذا فى حق المدين باعلانه أو قبولــه ، وأن يكون هذا القبول ثابت التاريخ ، واعلان المدين يكون دائمــا ثابت التاريخ لحصوله فى ورقة رسمية أى بورقة من أوراق المحضرين .

وتتحدد مرتبة الرهن بالتاريخ الثابت لقبول المدين أو لاعلانه ، اذا تسلم المرتهن سند الدين قبل هذا التاريخ ،أما اذا تم تسليم السند بعد التاريخ الثابت للقبول ، والاعلان ، فان مرتبة الرهــن تتحدد من تاريخ التسليم .

رهن السند الاسمى والسند الأذنى :

يتم رهن السندات الاسمية والسندات الاذنية بالطريقة الخاصة التى رسمها القانون لحوالة هذه السندات ، على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن ، ويتم الرهــن دون

حاجة الى اعلان (م ١١٢٤) •

ويثبت رهن الأوراق المتداول بيعها أيضا بتحويلها تحويلا مستوفيا للشرائط المقررة قانونا ومذكورا فيه أن تلك الأوراق سلمت بصفة رهن • أما سندات الشركات التجارية أو المدنية التى يصح التنازل عنها بكتابة فى دفاتر الشركة ، سواء كانت بسهام أو بحصص فى الأرباح أو من السندات المحررة باسماء أربابها ،يثبت رهنها أيضا بالتنازل عنها بصفة تأمين ويذكر ذلك التنازل فى دفاتر الشركة (م ٧٦ تجارى) •

وعلى ذلك فالسندات الاسمية (وهى من الأوراق المالية) يتم رهنها عن طريق القيد فى سجلات الشركة التى اصدرتها بما يفيد رهنها ،وذلك دون حاجة الى اعلان الشركة • ويجب اتباع الاجراءات التى ترسمها الجهة التى أصدرتها لاتمام حوالتها ،ويتم ذلك عادة باقرار يحرره راهنها ،ويؤشر به على السند نفسه ،ويجب فضلا عن ذلك تسليم السند للدائن المرتهن • وتتحدد مرتبة الرهن من تاريخ قيد الرهن فى السجل مع حيازة السند •

أما السندات الاذنية (وهى من الأوراق التجارية) ،فيتم

رهنها عن طريق التظهير على أن يذكر أن هذا التظهير قد تم يقصد الرهن • وينفذ الرهن في مواجهة الغير بتسليم السند الى المرتهن دون حاجة الى اجراء آخر أى دون حاجة الى اعلان المدين وتتحدد مرتبة الرهن ، من تاريخ التظهير مع حيازة السند •

رهن السند لحامله :

تعتبر السندات لحاملها كالمنقولات المادية ، وتخضع في رهنها لنفس قواعد رهن هذا المنقول ، ويترتب على ذلك أن رهن السند لحامله لا ينفذ في حق الغير الا بشرطين :

الأول : نقل حيازة السند الى المرتهن •

الثانى : تدوين الرهن في ورقة ثابتة التاريخ مبينا فيها بطريقة كافية المال المرهون والحق المضمون •

رهن الحقوق التى ترد على منقول معنوى :

تسرى القواعد العامة فى رهن المنقول على رهن المنقولات المعنوية التى لم يضع المشرع لها احكاما خاصة ، مثل حق المؤلف وحق الانتفاع في المنقول • ومن ثم يشترط لرهن هذه الحقوق الى

جانب انتقال الحيازة ،تدوين الرهن فى محرر ثابت التاريخ .

وقد وضع المشرع تنظيما خاصا لرهن بعض المنقولات المعنوية مثل المحال التجارية التى يتم رهنها عن طريق القيد فى السجل المخصص لهذا الغرض بمكتب السجل التجارى بالمحافظة .وبالنسبة للعلامات التجارية لايجوز رهنها الا مع المحل التجارى أو مشروع الاستغلال الذى تستخدم العلامة فى تمييز منتجاته ، ولا يكون رهنها حجة على الغير الا بعد التأشير به فى السجل واشهاره بالكيفية التى تقررها اللائحة التنفيذية .وأما عن براءات الاختراع فلا يكون رهنها حجة على الغير الا من تاريخ التأشير به فى سجل البراءات .

المبحث الثانـــــى

آثار نفاذ الرهن الحيازى على الغـــــير

(حقوق المرتهن قبل الغير)

يترتب على نفاذ الرهن الحيازى فى مواجهة الغير ، تمتــــــع الدائن المرتهن بعدة حقوق فى علاقته مع الغير ، وهى حق الحبس ، حق التقدم ، حق التتبع .

أولا : حق الحبس

يستطيع المرتهن حبس الشىء المرهون حتى يستوفى كامـــل دينه ، يخول الرهن الدائن المرتهن الحق فى حبس الشىء المرهون عن الناس كافة ، دون اخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقـا للقانون (م ١١١٠) . فالحق فى الحبس ميزة تتفرع عن الحـق فـى الرهن الحيازى ، فهو سلطة يتمتع بها الدائن المرتهن ضمانــــا لحقوقه ، وهو بهذا يختلف عن الحق فى الحبس المعروف فى النظرية العامة للالتزام .

ويثبت حق المرتهن فى حبس الشىء المرهون عن الراهـــــن

وعن الغير ،سواء أكان هذا الشئ منقولا أم عقارا ،وسواء أكان المنقول ماديا أم معنويا ،ويثبت الحق فى الحبس سواء أكان الشئ فى حيازة المرتهن أو حيازة عدل أو حارس عينته المحكمة ،فكل منهما يحوز لحساب المرتهن ويلتزم بحبس المال لحسابه ، ولا يستطيع التخلى عنه بغير اذنه ،ويسأل فى مواجهته عن ضرر يترتب على ذلك .

ويرتبط الحق فى حبس بالرهن ،حيث يقوم بوجود الرهن وينقضى بانقضائه ، وللمرتهن أن يحبس المال المرهون حتى يستوفى دينه بتمامه من أصل ومصروفات ،ولكن ليس له يحبس هذا المال ضمانا لحقوق أخرى تكون له قبل الراهن ، سواء وجدت هذه الحقوق قبل الرهن أو بعده . وحق الحبس شأنه شأن الرهن المرتبط به ،لا يقبل التجزئة ، فالمرتهن يمارس حقه فى الحبس حتى يستوفى جميع مستحقاته ،وهو يحبس كل الشئ المرهون حتى لو تبقى له جزء يسير من مستحقاته .

يمكن الاحتجاج بحق الحبس فى مواجهة الراهن ،والغير ، والراسى عليه المزاد .

١ ـ يستطيع المرتهن أن يتمسك بحقه فى الحبس فى مواجهة

الراهن ، فليس للراهن أن يطلب استرداد الشيء المرهون قبل سداد الدين المضمون . ويثبت حق المرتهن في حبس المرهون بمجرد الاتفاق على الرهن ، اذ ينشأ له هذا الحق بمقتضى ذلك الاتفاق . يستوى في ذلك أن يكون الراهن هو المدين أو غيره .

٢ — يستطيع المرتهن أن يتمسك بحق الحبس في مواجهة المالك الحقيقي للشيء المرهون ، وذلك اذا كان الرهن قد ورد على منقول مملوك لغير الراهن ، ذلك أن المرتهن يكون قد اكتسب حق الرهن عليه طالما كان حسن النية ، استنادا الى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز .

٣ — ويكون للمرتهن أن يحتج بحقه في الحبس في مواجهة الغير حتى يستوفى حقه المضمون . ولكن يشترط لامكان الاحتجاج بحق الحبس أن يكون الرهن نافذا في مواجهة الغير ، أما بغير اكتمال شروط نفاذ الرهن على الغير ، ليس للمرتهن أن يتمسك بحقه في الحبس في مواجهتهم ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمرتهن الاحتجاج بحقه في الحبس في مواجهة الذين تثبت لهم حقوق على المال المرهون قبل أن يصبح الرهن نافذا في حقهم أى قبل

اكتمال شروط نفاذ الرهن بالنسبة لهم ، ذلك أن الدائن المرتهن انما يحبس الشيء بالحالة التي كان عليها وقت أن أصبح الرهن نافذا في مواجهة الغير .

مثال ذلك حالة ما اذا كان المرهون مثقلا ،عند نفاذ الرهن عليه ،بتكليف عيني أو رهن ،فان المرتهن لا يستطيع التمسك قبل صاحب التكليف أو الرهن بحقه في حبس المال المرهون . ونفس الحال اذا كان العقار المرهون قد سبق بيعه بعقد مسجل قبل نفاذ الرهن ، لم يكن الرهن نافذا في مواجهة المشتري ،ولا يكون للمرتهن حق الحبس في مواجهته .

أما هؤلاء الذين كسبوا حقوقهم على المال المرهون بعد أن أصبح الرهن نافذا في مواجهتهم ،فيستطيع المرتهن الاحتجاج عليهم بحقه في الحبس ،فالمرتهن يمكنه حبس المال المرهون في مواجهة من يشتريه بعد نفاذ الرهن ، وفي مواجهة الدائنين العاديين أو الدائن المرتهن المتأخر عنه في المرتبة .

٤ ــ ولكن هل يجوز للدائن المرتهن أن يحتج بحقه في الحبس على الراسي عليه المزاد ؟ ويتم ذلك في حالة مباشرة التنفيذ

الجبرى على المال المرهون بناء على طلب المرتهن نفسه أو على طلب دائنى الراهن .

ــ اذا كان الدائن المرتهن نفسه هو الذى طلب التنفيذ على الشىء المرهون ، أى اذا كان هو الذى طلب بيع الشىء جبرا ، فلا يحق له أن يمتنع عن تسليم هذا الشىء عن الشخص الذى رسا عليه المزاد ، وكل ما له من حق هو أن يباشر عندئذ حقه فى الأفضلية على الثمن . وليس للمرتهن حبس الشىء عن الراسى عليه المزاد حتى ولو كان الثمن الراسى به المزاد غير كاف للوفاء بدينه ، لأن مجرد طلبه بيع المرهون يعد نزولا منه عن حقه فى الحبس .

ــ أما اذا جرى التنفيذ على المال المرهون بناء على طلب دائن آخر غير المرتهن ، فان الأمر يختلف بحسب ما اذا كان المرهون منقولا أو عقارا .

أ ــ اذا كان المرهون منقولا ، فان الأمر يتوقف على مدى نفاذ حق المرتهن فى مواجهة الدائن الذى باشر اجراءات التنفيذ .

ويترتب على ذلك أنه يكون للمرتهن أن يحبس المرهون عن

الراسى عليه المزاد ، اذا كان طالب التنفيذ دائنا عاديا أو دائنا له رهن أو امتياز متأخر عنه فى مرتبته ، أما اذا كان طالب التنفيذ على المنقول المرهون دائنا للراهن صاحب مرتبة أسبق من المرتهن الحائز ، فان هذا الأخير لا يستطيع أن يحبس المرهون عن الراسى عليه المزاد . ويتحقق ذلك اذا كان طالب التنفيذ دائن له رهن أو امتياز على المنقول المرهون متقدم على المرتهن فى المرتبة .

ب ـ أما اذا كان المرهون عقارا ، فانه يترتب على تسجيل حكم رسو المزاد أو التأشير به تطهير العقار المبيع من حقوق الامتياز والاختصاص والرهون الرسمية والحيازية التى أعلن أصحابها بايداع قائمة شروط البيع وأخبروا بتاريخ جلسته ولا يبقى لهؤلاء الا حقهم فى الثمن (م ٤٥٠ مرافعات) .

ويترتب على ذلك أن البيع الجبرى يؤدى الى تطهير العقار من الرهن الحيازى ، ولا يجوز للدائن الحابس أن يحبس العقار المرهون عن الراسى عليه المزاد ولو لم يستوف حقه كله أو بعضه ، وأيا كان طالب البيع ، لأن رسو المزاد يطهر العقار من كافة الحقوق المقيدة ومنها الرهن الحيازى . وينتقل حق المرتهن حيازة

على ثمن العقار المبيع ،يستوفى منه دينه وفقا لترتيب نفاذ الرهن فى حق الغير .

ثانيا : حق التقدم

ينص المشرع اليمنى على حق التقدم فى المادة ٩٧٥ بقوله : يختص المرتهن بالمرهون دون سائر غرماء الراهن بحيازته ، أما قبل حيازته له ،فيكون كواحد منهم فى المحاصة بينهم .

ومعنى ذلك أن الرهن الحيازى يخول الدائن المرتهن أن يتقاضى حقه من ثمن الشىء المرهون قبل أى دائن ،سواء كان دائنا عاديا أو دائنا متأخرا فى الترتيب (م ٥٥٠ مصرى) فالدائن المرتهن يكون له حقا عينيا على الشىء المرهون رهن حيازة ويستطيع أن يحبس هذا الشىء حتى استيفاء الدين ،وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن الشىء المرهون ،ولو انتقل هذا الشىء الى شخص آخر .

فميزة التقدم معناها أن الدائن المرتهن يتقدم ،فى اقتضاء حقه ،من ثمن الشىء المرهون ،على جميع الدائنين العاديين ،

والدائنين الذين ترتبت لهم حقوق عينية تبعية على الشيء المرهون بعد استكمال اجراءات نفاذ رهنه المشار اليها سابقا . ولكن الدائن المرتهن يتأخر في استيفاء حقه عن الدائنين الذين نشأت حقوقهم العينية التبعية على الشيء قبل نفاذ رهنه . ومعنى ذلك أنه عند تزاحم أصحاب الحقوق العينية التبعية على الشيء المرهون ، فان المفاضلة بينهم وبين الدائن المرتهن تتحدد على أساس مرتبة رهنه . ونذكر بأن مرتبة الرهن الحيازى على العقار تتحدد بالقيد مع انتقال الحيازة ، وتتحدد في المنقول باثبات الرهن في ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ مع انتقال الحيازة .

ويتقدم الدائن المرتهن في استيفاء حقه من ثمن الشيء المرهون على باقي الدائنين كما رأينا ، ويشمل حق المرتهن المضمون بالرهن أصل الدين وملحقاته كالمصروفات الضرورية التى أنفقت على حفظ الشيء وصيانته ، ومصروفات العقد الذى أنشأ الدين وعقد الرهن ، ومصروفات تنفيذ الرهن الحيازى ، والتعويضات عن الاضرار الناشئة عن عيوب الشيء المرهون (م ١١١١) .

ويقتضي المرتهن حقه من ثمن الشيء المرهون أو أى مقابل

آخر يحل محله ، كالتعويض الذى يدفعه الغير المتسبب ، فى هلاك هذا الشئ ،ومبلغ التأمين الذى تدفعه شركة التأمين عند احتراقه وذلك فى حالة التأمين عليه ضد الحريق . فى هذه الحالات يحل التعويض أو مبلغ التأمين محل الشئ المرهون حلولا عينيا ، ويكون مرهونا مثله .

ثالثا : حق التتبع

يخول الرهن الحيازى ،كغيره من الحقوق العينية التبعية ، الدائن المرتهن ، الحق فى أن يستوفى حقه من ثمن الشئ المرهون فى أى يد يكون ، ويقصد بذلك حق المرتهن فى تتبع العين المرهونة للتنفيذ عليها فى يد من تنتقل اليه ملكيتها ، فالرهن لا يمنع الراهن من التصرف فى العين المرهونة ، ولكن ملكية العين تنتقل الى المتصرف اليه محملة بحق الرهن .

ويلاحظ أن المرتهن حيازة يتتبع العين فى يد الغير مع أن حيازتها فى يده ، ذلك لأن التتبع ليس تتبعا ماديا للحيازة ، بل هو تتبع معنوى للملكية ، يستطيع الدائن بمقتضاه ان ينفذ على العين بعد أن تنتقل ملكيتها من الراهن الى شخص آخر .

فاذا باع الراهن العين المرهونة ، فان ملكيتها تنتقل الى المشترى ، الا أنها تظل فى حيازة المرتهن الذى يستطيع التنفيذ عليها فى مواجهة المالك الجديد ، ولا يستطيع هذا المالك أن يعترض على ذلك طالما كان الرهن الحيازى نافذا فى مواجهته .
ولكن يجوز لهذا المالك أن يدفع الدين ، فيحل محل الدائن فى رهن الحيازة ، فان لم يفعل ، وجب أن يتحمل اجراءات التنفيذ .

وينص المشرع اليمنى على أنه اذا تصرف الراهن فى المرهون تصرفا يزيل ملكه عنه باذن المرتهن بطل الرهن (م ٩٧٤) ، ويتضح من ذلك ، طبقا لما ورد بالمذكرة الايضاحية ، أن القانون اليمنى لا يأخذ بحق التتبع فى حالة التصرف فى المرهون باذن المرتهن .
أما اذا تم التصرف بدون اذنه فان حق التتبع يقوم ، ويستطيع المرتهن أن ينفذ على المال المرهون دون أن يعتد بالتصرف الوارد عليه لأن هذا التصرف يكون غير نافذ فى حقه .

الباب الثالث

انقضاء الرهن الحيازى

يقوم الرهن كأداة ائتمان لضمان الوفاء بدين معين ، ومن ثم فان الرهن يتبع الدين المضمون ،فى نشأته وانقضائه ،حيث يترتب على انقضاء الدين الأصلى انقضاء الرهن معه بالتبعية ٠ وفضلا عن ذلك ، هناك بعض الحالات ،ينقضى فيها الرهن بصفة أصلية ، بالرغم من بقاء الدين الأصلى ٠

المبحث الأول

انقضاء الرهن الحيازى بصفة تبعية

ينقضى الرهن الحيازى بطريقة تبعية بانقضاء الدين المضمون لأن الرهن تابع للدين ،فاذا انقضى ، انقضى الرهن الحيازى معه ٠ وينقضى الدين الأصلى ببراءة ذمة المدين منه ،سواء أكان ذلك عن طريق الوفاء أو سقوط الدين بالابراء أو التقادم أو المقاصة الى غير ذلك ٠ أما فى الحالات التى لا تبرأ فيها ذمة المدين ، فان الرهن يظل قائما ، كما فى حالة الوفاء مع الحلول أو التجديد مع الاتفاق على استبقاء التأمينات ٠ ولا ينقضى الرهن كذلك فى حالة

الوفاء الجزئى لأن الرهن لا يقبل التجزئة .

ويترتب على الوفاء بالدين الأصلى ، انقضاء الرهن الحيازى بالتبعية ، سواء تم الوفاء من الراهن أو من غيره ، المهم أن يترتب على الوفاء براءة ذمة المدين من الدين .

وينقضى الرهن بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه اذا زال السبب الذى انقضى به الدين ، دون اخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونا فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته (م ١١١٢) .

" ويجب ، حتى يكون انقضاء الرهن نهائيا ، ان يكون انقضاء الدين المضمون نهائيا ، فيعود حق الرهن مع الدين المضمون به اذا زال السبب الذى انقضى به الدين ، فاذا كان السبب الذى انقضى به الدين هو الوفاء ، ثم تبين أن الوفاء باطل (أو تم بما لا يملكه الموفى واسترده مالكه) ، فان الدين المضمون يعود ويعود معه الرهن الحيازى " .

ولكن لا يترتب على عودة الرهن اخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونا فى الفترة ما بين انقضاء الحق

وعودته . فاذا باع الراهن الشيء المرهون الى مشتر حسن النية ، أو رتب عليه رهنا جديدا ، في الفترة المذكورة ، ثم عاد الرهن المنقضي ، فانه لا يكون نافذا على المشتري الذي كسب ملكية الشيء خاليا من الرهن ، ويكون الرهن سابقا عليه في المرتبة .

المبحث الثانى

انقضاء الرهن الحيازى بصفة أصليـــــة

يجوز أن ينقضى الرهن الحيازى بصفة أصلية ،دون أن ينقضـى الدين المضمون به وهناك عدة أسباب لذلك الانقضاء تتمثل فى :

١ ــ نزول الدائن المرتهن عن الرهن :

ينقضى الرهن الحيازى بتنازل الدائن عنه ،والنزول عن الرهن قد يكون صراحة أو ضمنا ،ويجوز أن يستفاد التنازل الضمنى مـــن تخلى الدائن باختياره عن الشىء المرهون ،أو من موافقته علـــى التصرف فيه دون تحفظ . وعلى ذلك يعتبر الدائن المرتهن متنـــازلا عن الرهن فى حالة الموافقة على تصرف الراهن فى الشىء المرهـــون دون تحفظ ،وفى حالة التخلى عن هذا الشىء للراهن طوعا .

ويجب لصحة التنازل أن يكون الدائن المرتهن ذا أهلية فـــى ابراء ذمة المدين لأن أهلية النزول عن الرهن الحيازى هى أهلية ابراء المدين من الدين ، وهذه الأهلية هى أهلية التبرع ،وعـــلى ذلك يجب أن يكون الدائن المتنازل عن الرهن بالغا سن الرشد غير

محجور عليه ،ولا يستطيع نائبه القانونى أن يمثله فى ذلك ولو باذن المحكمة لأن التنازل يعتبر تبرعا .

على أنه اذا كان الرهن مثلا بحق تقرر لمصلحة الغير ، فان تنازل الدائن لا ينفذ فى حق هذا الغير الا اذا أقره ،فاذا كان الرهن مثلا يحق لأجنبى ،كما اذا كان المضمون بالرهن قد رهنه الدائن بدوره لدائن له ، فان هذا الدائن الثانى يمتد حقه الى الرهن ، ولا يترتب على تنازل الدائن الأول عن الرهن ان يضر ذلك بحق الدائن الثانى .

٢ ـ انقضاء الرهن الحيازى باتحاد الذمة :

ينقضى الرهن الحيازى كذلك باتحاد الذمة بأن يجتمع الرهن وملكية العين المرهونة فى يد واحدة ،كما اذا اشترى الدائن المرتهن العين المرهونة .

ولا يخل اتحاد الذمة بحق الأجنبى على الرهن ،كما اذا كان الدين المضمون بالرهن قد رهنه الدائن بدوره لدائن له ، فان الدائن الأول اذا اشترى العين المرهونة واتحدت الذمة بذلك . فاتحادها على هذا الوجه لا يضر بحق الدائن الثانى .

ولا يعد الرهن منقضيا باتحاد الذمة اذا كانت للمالك مصلحة قانونية فى استبقائه ،كما اذا اشترى الكفيل العينى الدين المضمون بالرهن ، وباع هذا الدين بعد ذلك مستبقيا الرهن لضمانه . وكذلك لا ينقضى الرهن اذا زال اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى ،كما اذا فسخ العقد الذى اشترى به المرتهن العينى .

٣ ـ انقضاء الرهن الحيازى بهلاك الشىء :

يزول الرهن اذا هلك الشىء أو انقضى الحق المرهون ، لأن الشىء المرهون لم يعد له وجود ،فيزول الرهن بزوال محله . والمقصود هنا الهلاك الكلى ،أما اذا كان الهلاك جزئيا ، فان الرهن يبقى على الجزء الباقى ،ويظل ضامنا لكل الدين اعمالا لمبدأ عدم تجزئة الرهن .

واذا هلك الشىء بخطأ الراهن أو المرتهن أو الغير ، فان المسئول عن الهلاك يلتزم بدفع تعويض، فيحل هذا التعويض محل الشىء المرهون حلولا عينيا ،وينتقل اليه الرهن . وكذلك الحال اذا حل محل الشىء الهالك مبلغ تأمين أو مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة .

واذا كان محل الرهن حق من الحقوق ،فان الرهن يزول بانقضاء هذا الحق ،كما لو كان المرهون حق انتفاع وانقضى بحلول أجلـــه أو بموت المنتفع. أما اذا تنازل صاحب حق الانتفاع عن حقه، فـــلا يخل هذا التنازل بحقوق الدائن المرتهن ،ويبقى حق الانتفـــاع مثقلا بالرهن ،لأنه يجوز للمنتفع أن يضر بارادته بحق المرتهن.

٤ ـ انقضاء الرهن الحيازى بالتطهير:

ان مكتسب ملكية العقار المرهون رهنا حيازيا لا يعتبر حائزا ، وليس له أن يلجأ الى التطهير أو التخلية مثل مكتسب ملكية العقـــار المرهون رهنا رسميا ،فهذا الأخير يعتبر حائزا ومن حقه أن يسلـــك اجراءات التطهير أو التخلية. وكل ما للأول هو أن يوفى بالديـــن المضمون ،فيتحرر العقار من الرهن.

أما اذا كان العقار المرهون رهن حيازة محملا فى الوقـــت ذاته برهن رسمى أو حق اختصاص أو امتياز مقيد ، وانتقلت ملكيـــة هذا العقار الى شخص توافرت فيه بقية شروط الحائز ، فان هـــذا الشخص يستطيع أن يوجه اجراءات التطهير الى جميع الدائنـــين المقيدة حقوقهم على العقار ، وهم أصحاب الحقوق العينية التبعية

ومنهم الدائن المرتهن رهن حيازة ،ويعرض عليهم قيمة العقـــار ،
فاذا قبلوا العرض صراحة أو ضمنا ، فان الأمر ينتهى بتطهــــير
العقار من كل حق مقيد ومنها الرهن الحيازى متى قام الحائــــز
بدفع الديون فى حدود ما عرضه من قيمة أو أودع هذه القيمة خزينة
المحكمة ويترتب على ذلك انقضاء الرهن الحيازى بالتطهير ،ولو لم
يحصل الدائن المرتهن على حقه كاملا ،لأن ملكية العقار تستقر نهائيا
للحائز خالصة من كل حق مقيد .

٥ ـ انقضاء الرهن الحيازى بالبيع الجبرى :

يؤدى البيع الجبرى للعقار الى تطهيره من جميع الحقـــوق
المقيدة عليه بما فى ذلك الرهن الحيازى ،حيث يترتب على تسجيل
حكم رسو المزاد أو التأشير به تطهير العقار المبيع من حقوق الامتياز
والاختصاص والرهون الرسمية والحيازية التى أعلن أصحابها بايداع
قائمة شروط البيع ،وأخبروا بتاريخ جلسته ، ولا يبقى لهؤلاء الا حقهم
فى الثمن . وعلى ذلك ينقضى الرهن الحيازى على العقار بالبيـــع
الجبرى ولو لم يستوف الدائن المرتهن كامل حقه بسبب مزاحمـــة
دائنين آخرين أصحاب حقوق عينية تبعية على نفس العقار ، نافـذة
فى مواجهته .

أما بالنسبة للمنقول ، فان البيع الجبرى لا يطهره من الرهن الحيازى ،ويجوز للمرتهن أن يحبسه عن الراسى عليه المزاد حتى يستوفى حقه ، الا اذا كان البيع قد تم بناء على طلبه ،أو طلب دائن آخر مرتهن أو صاحب حق امتياز متقدما على الدائن المرتهن رهن حيازة .

٦ ـ انقضاء حق الرهن الحيازى بفسخ عقد الرهن :

ينقضى حق الرهن بصفة اصلية اذا انفسخ العقد المنشئ له ، وينفسخ العقد طبقا للقواعد العامة اذا اخل أحد أطرافه بالتزاماته التعاقدية ،فاذا أخل الراهن بضمان سلامة الرهن ،جاز للمرتهن فسخ العقد والمطالبة بأداء الدين فورا . وينفسخ العقد كذلك فى حالة اخلال المرتهن بالتزامه بالمحافظة على الشيء المرهون وصيانته + .

الاختلاف فى الرهـــن

أورد القانون المدنى اليمنى بعض القواعد الخاصة لاثبـــات مضمون عقد الرهن واحكامه فى حالة قيام نزاع بشأنها أمام القاضى ، تبين هذه القواعد الحالات التى يؤخذ فيها تارة بقول الراهـــن ، وتارة بقول المرتهن .

القول قول الراهـن :

تنص المادة ٩٩٦ على أنه اذا اختلف الراهن والمرتهـــن فالقول قول الراهن فى الأمور الآتية :

١ ـ قدر الدين وجنسه ونوعه وصفته .

٢ ـ قدر العين وتعيينها ان كان من قبل المرتهن .

٣ ـ نفى الدين ،ونفى الرهن ونفى القبض، ونفى العيـــب ونفى الرد ما لم يكن المرتهن قد استوفى دينه أو أبرأ المدين منه ، فان القول قوله فى الرد والعين .

٤ ـ نفى رجوع المرتهن عن الأذن بالبيع .

٥ ـ بقاء الرهن فى يد المرتهن لا بيد ورثته حتى يثبت وصوله الى يدهم .

وتعلق المركة الايضاحية على النص بقولها :

هذه المادة والتى تليها تبينان حكم الاختلاف فى الرهن ، وقد اختصت هذه المادة بالأحوال التى يكون فيها القول للراهن ، ومن كان القول قوله فالبينة على خصمه وهذه الأحوال هى :

١ ـ قدر الدين المرهون به وهل هو الف أو ألفان ، وجنسه وهل هو نقود أو بر ، ونحو ذلك ، ونوعه وهل هو دنانير أو ريالات أو دولارات اذا كان نقود مثلا ، وصفته اذا كان لصفته اعتبار من حيث الجودة ، والرداءة والصناعة وما الى ذلك .

٢ ـ العين المرهونة اذا كانت مما تتعين بذاتها ، وتعيينها بما تتعين به اذا كان من قبل المرتهن ، بأن ادعى أنها كذا ، فالقول فى ذلك قول الراهن وعلى المرتهن البينة .

٣ ـ نفى الدين ، ونفى الرهن ، ونفى القبض ، ونفى العيب ، ونفى الرد لأن الأصل فى ذلك العدم ، وهو فى مصلحة الراهن فيكون الظاهر معه والقول قوله على المرتهن البينة ، أما اذا كان الدين موجودا أصلا واستوفاه المرتهن أو ابراء المدين منه ، فالقول قوله فى تعيين المرهون ورده ، لأن الظاهر يكون معه .

٤ ـ نفى رجوع المرتهن فى الاذ ن للراهن ببيع المرهون •

٥ ـ بقاء الرهن فى يد المرتهن لحين موته كقرينة على انتقاله الى يد ورثته •

القول قول المرتهن :

تنص المادة ٩٩٧ على أنه اذا اختلف الراهن والمرتهن فالقول قول المرتهن فى الأمور الآتية :

١ ـ اطلاق الاذ ن بالبيع (التسليط) وكان الخلاف بعد تمام البيع •

٢ ـ اطلاق الثمن وعدم تعيين قدره •

٣ ـ مقدار توقيت الاذ ن بالبيع اذا اتفقا على التوقيت واختلفا فى مقداره •

٤ ـ مقدار قيمة المرهون اذا تلف •

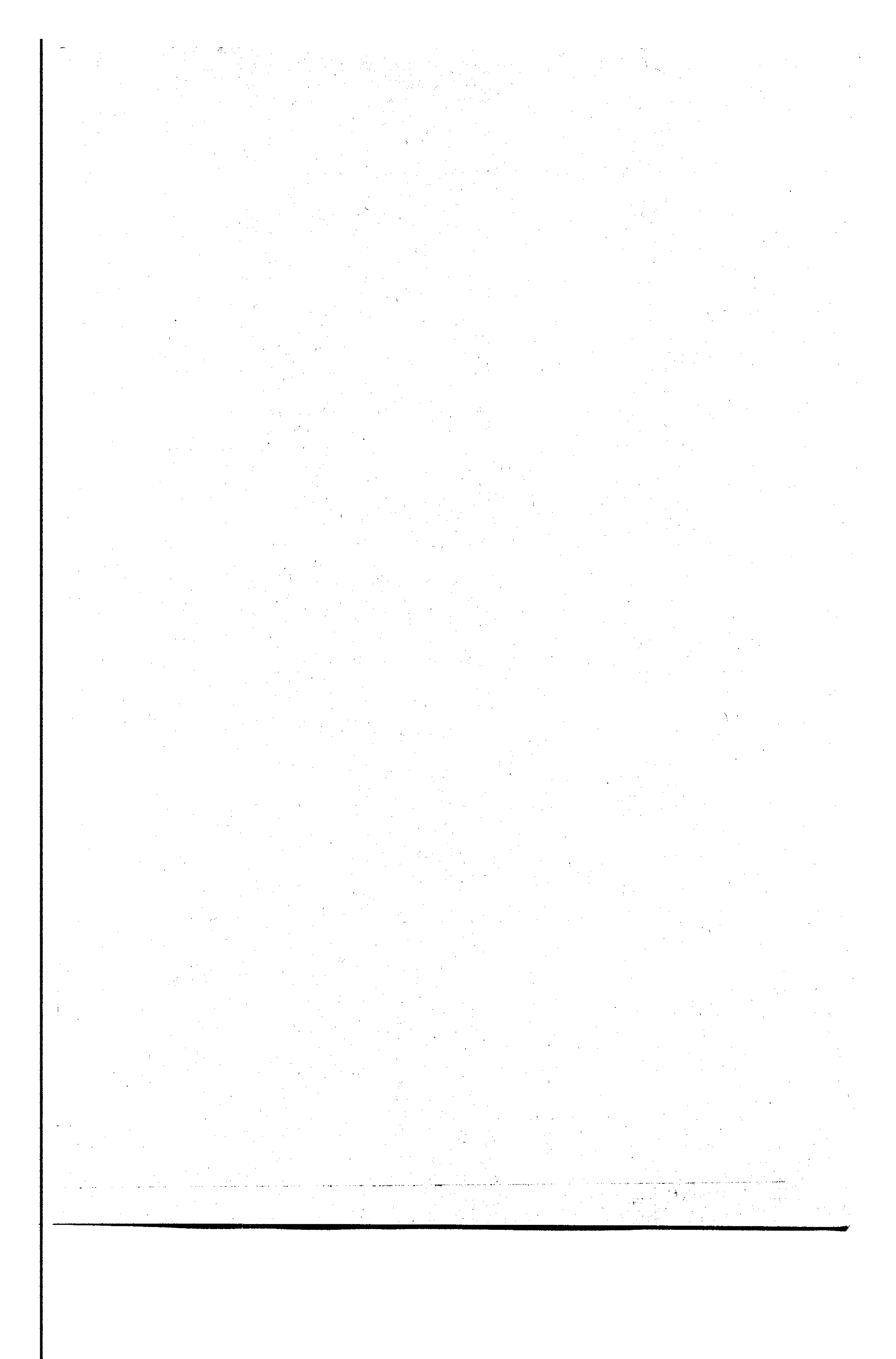
٥ ـ فى أن الباقى بعد التلف هو المرهون والتالف هو الوديعة •

٦ ـ فى مقدار الأجل وفى نفيه •

٧ ـ فى أن ما قبضه ليس عما فيه الرهن ولكن عن غيره •

٨ ـ فى تقدم العيب على القبض ، الا أن يكون الظاهر حدوثه عند المرتهن فالقول للراهن •

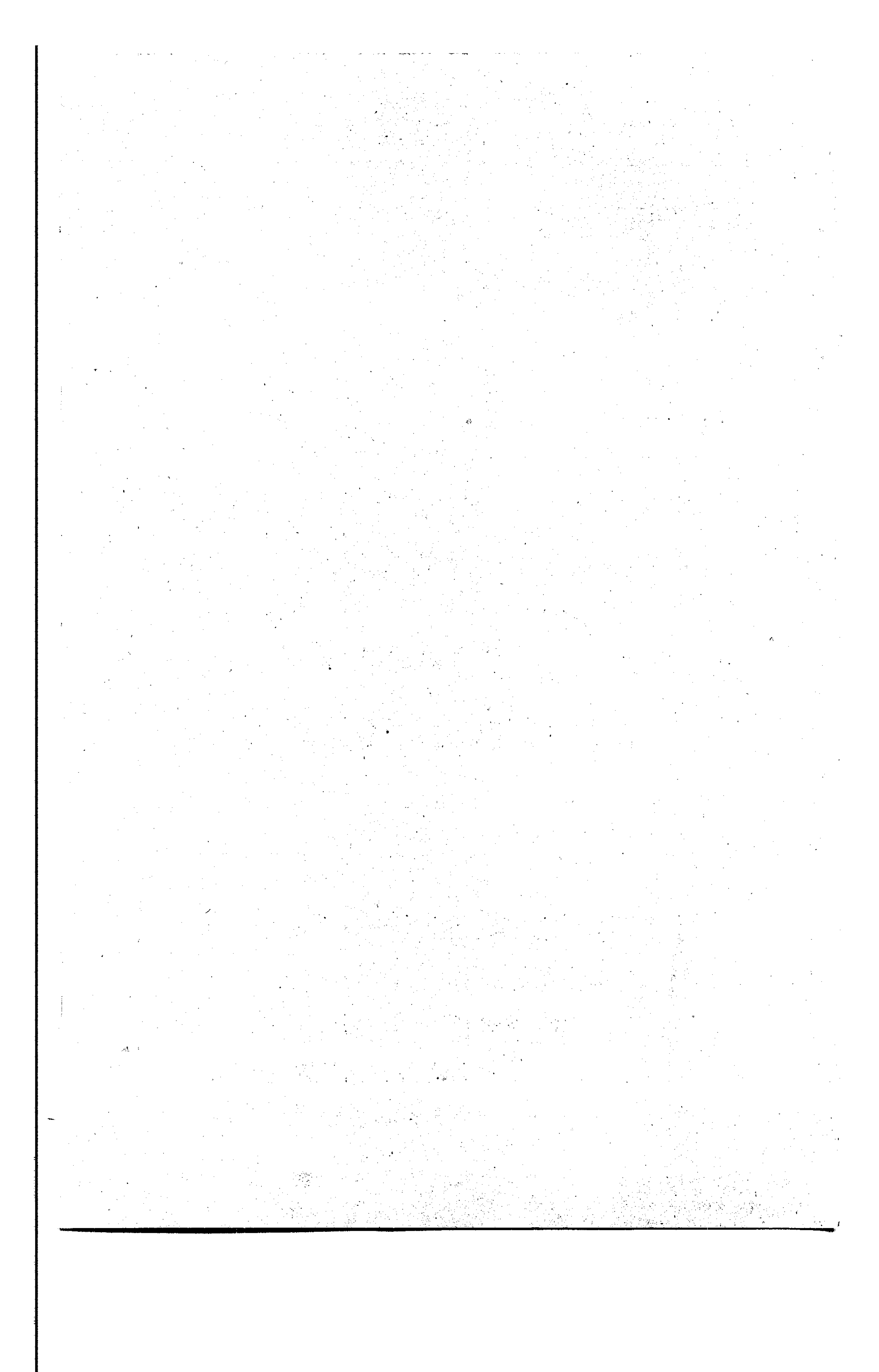
٩ ـ بطلان الرهن وصحته مع وجود المقتضى كأن يقول رهنتنى العصير خمرا وهى باقية •



القسم الثالث

الضمانات الخاصة "الأولوية"

(الامتيازات أو حقوق الامتياز)



تمهيد

خصص القانون المدنى اليمنى الفصل الثانى من الباب الثالث لما أسماه بالضمانات الخاصة أو "الأولوية" وعالجها فى مادة واحدة هى ٣٦٦ ويعتبر المشرع هذه الضمانات من بين " وسائل ضمان تنفيذ الحق " وهذا هو عنوان الباب الثالث الذى ينقسم الى فصلين الأول فى الضمان العام ووسائله والثانى فى الضمانات الخاصة . أى أن المشرع اليمنى قد عالج هذا الموضوع ضمن الكتاب الثانى المخصص للحق والالتزام به ، تاركا مكانه الطبيعى فى الكتاب الرابع المخصص للحقوق العينية وعلى وجه التحديد الباب الخامس من هذا الكتاب المعنون بـ " الحقوق العينية التبعية " ولم يعالج القانون المدنى تحت هذا العنوان أى من هذه الحقوق بل اكتفى بمادة وحيدة (١٢٦٩) يحيل فيها الى أماكن وجودها . ويفهم من هذه المادة أن المشرع فضل معالجة كل حق عينى تبعى فى نفس المكان الذى يوجد فيه السبب فى تقرير هذا الحق ، وهذا القول وإن كان ينطبق على حقوق الامتياز أو الضمانات الا أنه غير صحيح بالنسبة للرهن والكفالة حيث وردا فى الكتاب الثالث الخاص بالعقود المسماه وعلى وجه التحديد فى القسم الثالث تحت عنوان عقود الضمان " الوثيقة " .

وقبل دراسة كل من هذه الضمانات الخاصة نعرض فى البداية لأحكامها العامة .

الفصل الأول

الأحكام العامة للضمانات الخاصة

" الأولوية " أو " الامتياز "

تعريف :

لعل استخدام لفظ الضمانات بدلا من الامتيازات يرجع الى اعتبارها وسيلة لضمان تنفيذ الحق وسميت بالخاصة لأنها لا تضمن حقوق عامة ولكنها تقتصر على ضمان حقوق معينة اتفاقا أو بنص فى القانون ٠

الا أن المشرع لم يغفل الجانب الجوهرى فى هذه الضمانات من حيث أنها تمثل أولوية لشخص أو أشخاص معينين فى استيفاء الحق ، أى أن صاحب الضمان يفضل على سائر الدائنين أو على طائفة منهم ولا يخضع لقسمة الغرماء ٠ وتعبر عن ذلك المادة ١١٣٠ من القانون المدنى المصرى ـ الذى يستخدم لفظ الامتياز ـ بأنه أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته ٠

ويتضح من ذلك أن أهمية الامتياز تكمن فى حالة التزاحم بين الدائنين أى عندما لا تكفى أموال المدين لسداد ديونه ويوجد أكثر

من دائن له ،أما ان كانت الذمة المالية للمدين موسرة أو كان صاحب حق الامتياز هو وحده الذى يقوم بالتنفيذ على أموال المدين فان الامتياز يفقد أهميته ولا ينطوى التمسك به على أى معنى ٠

والمشرع اليمنى وان لم يصف الضمانات بأنها حقوق عينية ، الا أنه قد اعتبرها كذلك بشكل غير مباشر حيث أشار اليها صراحة تحت عنوان الحقوق العينية التبعية ٠

ولكنه اعتبر هذه الضمانات — من جانب آخر — وصفا فى الحق الذى تضمنه أى أنها ميزة تمنح لبعض الحقوق الشخصية لاعتبارات معينة ٠

الضمانات الخاصة مقررة لضمان الوفاء بحق شخصى :

ان الحكمة من تقرير هذه الضمانات هى ضمان استيفاء حقوق شخصية ذات طبيعة معينة ،ومن ثم فهى لا يمكن أن تقوم بصفة مستقلة بل ترتبط فى وجودها بالحق الشخصى الذى تضمنه ، ومن ثم فهى تتبعه من حيث الوجود والانقضاء ، وهذا ما يطلق عليه بمبدأ تبعية الامتياز للحق الشخصى ٠ ولعل ذلك كان الدافع وراء

معالجة القانون المدنى لهذه الضمانات فى الكتاب المخصص للحقوق الشخصية .

مصدر الضمانات الخاصة

ان تقرير ضمانة خاصة لدين معين يعد خروجا على القاعدة العامة التى تقضى بالمساواة بين الدائنين ، ويضع الدائن صاحب هذه الضمانة فى مركز يفضل سائر الدائنين ، ومن ثم فان القانون وحده — كأصل عام — هو الذى يقرر هذه الضمانات ويعين الحقوق المضمونة بها .

وتنص المادة ١١٣٠ من القانون المدنى المصرى صراحة على أنه لا يكون للحق امتياز الا بمقتضى نص فى القانون ، فالقانون هو الذى يتولى تعيين الحقوق التى تقتضى طبيعتها أن تكون ممتازة .

والنص المقرر للضمانة الخاصة أو الامتياز يعد ذا طبيعة استثنائية لا يجوز القياس عليه أو التوسع فى تفسيره ، وينبغى حصر تطبيقه فى نطاق الحق الشخصى المقرر لحمايته ، ولا يستفيد منه سوى صاحب هذا الحق .

الا أنه ينبغى ملاحظة أننا بصدد ضمانات خاصة أى مقـــررة لحماية مصالح خاصة وليست مصالح عامة ومن ثم فهى لا تتعـــلق بالنظام العام ،ويترتب على ذلك امران :

الأول : يجوز للدائن صاحب الحق الشخصى الذى قررت الضمانة لحمايته أن يتنازل عن هذه الضمانة .

الثانى : يجوز للدائنين العاديين أن يتفقوا فيما بينهم عـلى تقديم أحدهم أو بعضهم فى استيفاء حقوقهم قبل الآخرين ، ولعـل هذا هو مراد المذكرة الايضاحية للقانون المدنى اليمنى من قولهـا " الضمانات الخاصة .. تقتصر على ضمان حقوق معينة اتفاقا أو بنص فى القانون الشرعى " . فهذه العبارة من شأنها أن تثير اللبس حول مصدر الضمانات الخاصة اذ قد يفهم منها بأن هذه الضمانات يمكن أن تنشىء بالاتفاق أو بنص فى القانون ، وهذا أمر غير صحيح ولا يسلم به أحد ،فالضمانات الخاصة أو الامتيازات لا يمكن تقريرها الا بنـص تشريعى ، ولا يجوز الاتفاق على انشائها بين المدين وأحـــد الدائنين لأنّ فى ذلك اضرار ومساس بحقوق بقية الدائنين .

والحكمة التى تدعو المشرع الى الخروج عن قاعدة المســاواة

بين الدائنين وتفضيل الحق الشخصى لأحدهم أو لبعضهم على بقية الحقوق تكمن فىعدة اعتبارات ذات طبيعة انسانية أو اقتصادية أو اعمالا لمبدأ تحقيق العدالة .

وتورد المذكرة الايضاحية للقانون المدنىاليمنى بعض هذه الاعتبارات التى سنوردها فىموضعها الا أننا نكتفى بأمثلة منها لبيان الدوافع التشريعية من وراء تقرير الضمانات الخاصة . فمثلا تبدو الحكمة من النصعلىالضمانة الخاصة بالاجور فىالاعتبار الانسانى حيث تمثل هذه الأجور مصدر رزق وحياة العاملين وهو ما يتفق مع روح الشريعة السمحة التى بنيتعلىالرحمة بالانسان وتكريمه ،بينما تبدو الحكمة من الضمانة الخاصة بمصاريف الزراعة فى الاعتبار الاقتصادى الذى يمثل فىتشجيع الانفاق فى مجال الانتاج الزراعى لحيويته بالنسبة للاقتصاد القومى .

مركز الضمانات الخاصة وترتيبها :

ان الضمانات الخاصة أو الامتيازات تمنح صاحبها ميزة التقدم على سائر الدائنين فىاستيفاء حقه ،لذلك أطلق عليها المشرع اليمنى لفظ " الأولوية " ، فصاحب الحق الشخصى المضمون أولى من

الآخرين فى اقتضاء حقه من أموال المدين .

ويثور التساؤل عما اذا كان الضمانات الخاصة تعطى صاحبها حق التتبع أى هل يستطيع صاحب الحق الشخصى المضمون أن يتتبع المال الذى ترد عليه الضمانة فى أى يد ينتقل اليها ليستوفى حقه منه ؟

القاعدة العامة هى أن الضمانة الخاصة تعتبر حقا عينيا تبعيا ومن ثم فهى تمنح صاحبها ميزتى هذا الحق الأساسيتين الا وهما التتبع والتقدم ، الا أنه بالنسبة لميزة التتبع ينبغى ملاحظة أمرين :

الأول : ان الامتياز العام أو الضمانة الخاصة التى ترد على جميع أموال المدين دون أن تحدد بمال معين بالذات لا يعطى لصاحبه ميزة التتبع لأنه لا يرتبط بمال محدد يمكن تتبعه ولا يخضع للشهر ، الاجراء الذى يعد المناط فى تقرير هذه الميزة .

الثانى : أن ميزة التتبع قد تصطدم بقاعدة أخرى توقف سريانها ألا وهى حيازة المنقول بحسن نية استنادا الى سبب صحيح تكسب الحائز ملكيته خالية من التكاليف والقيود العينية ، أى أنه اذا

وردت الضمانة الخاصة أو الامتياز على منقول فان صاحب هـــذه الضمانة لن يستطيع أن يتتبع هذا المنقول فى يد من يشتريه بحسن نية دون أن يعلم بوجود هذه الضمانة .

ويثور التساؤل فى حالة وجود أكثر من ضمانة خاصة على نفـــس المال حول المعيار الذى ينبغى فى فض هذا التزاحم ، وهذا مـــا يطلق عليه بترتيب الامتيازات أو الضمانات.

القاعدة فى هذا الصدد أن القانون هو الذى يحدد مرتبـة الامتياز ، وهذا التجديد قد يتم بصورة صريحة أو بصورة ضمنيـــة من خلال الترتيب الذى يرد من خلاله تعداد الضمانات أو الامتيازات والقانون المدنى اليمنى قد نص صراحة على أن كل ضمانة ترد عـــلى مال محدد ويستوفى صاحبها حقه من هذا المال بالأولوية عن سائر الدائنين ، وذلك باستثناء الضمانة الرابعة التى ترد على مال المدين جميعه . وبالنسبة للمفاضلة بين هذه الضمانات فانه يفهم ضمنـــا أن الأولوية تكون بحسب الترتيب الذى سردت به المادة ٣٦٦ هـــذه الضمانات وهذا ما تعبر عنه المذكرة الايضاحية بقولها " ان المادة ٣٦٦ بينت الأولويات التى يقررها القانون المدنى الشرعى لبعض

الحقوق مرتبة فى فقرات بحسب مرتبة كل منها .

وطبقا لنص المادة سالفة الذكر فان الترتيب بين الأولويات يكون على النحو التالى : ١ ـ المصروفات القضائية ، ٢ ـ الزكاة ، ٣ ـ مصروفات حفظ المنقول وترميمه ، ٤ ـ الأجور والنفقات ، ٥ ـ مصروفات الزراعة ، ٦ ـ من وجد عين ماله ، ٧ ـ حق الشريك المتقاسم .

وعلى هذا اذا كنا بصدد مال تعلقت به عدة حقوق مثل المصروفات القضائية التى انفقت فى حفظه وبيعه ، ، المبالغ التى صرفت فى حفظه وترميمه ، فان الأولوية فى استيفاء هذه الحقوق تكون بالترتيب المتقدم .

وفى حالة التساوى بين مرتبة امتيازين أو أكثر ، فان أصحاب الحقوق الممتازة يستوفون حقوقهم فيما بينهم بنسبة كل منهما . أى أنه اذا كنا بصدد أكثر من حق مضمون بنفس الضمانة الخاصة ، فان المال يقتسم بينهم بنسبة حق كل منهم . مثال ذلك : انفاق أكثر من شخص مصروفات لحفظ المال وترميمه .

محل الضمانات الخاصة :

ان الضمانة الخاصة التى قد يقررها المشرع لصاحب الحق الشخصى يمكن أن ترد على مجموع أموال المدين أو على مال معين منقول أو عقار ، أى أن صاحب الحق المضمون يستطيع أن يستوفى حقه الذى يرد عليه الضمان سواء تمثل ذلك فى مجموع أموال المدين أو مال محدد عقار أو منقول .

فاذا ورد الامتياز أو الضمانة الخاصة على مجموع أموال المدين كنا بصدد امتياز عام أو ضمانة خاصة ذاته طبيعة عامة أو بمعنى أدق أولوية عامة ؛

ولعل أهم ما يميز الأولوية العامة أنها ترد على كل ما يكون لدى المدين من أموال وقت التنفيذ سواء كانت مملوكة له وقت نشوء الأولوية أو دخلت ذمته المالية بعد ذلك ، وسواء كانت هذه الأموال عقارات أو منقولات .

والأولويات العامة لا يرد عليها الشهر ولو كان محلها عقارا ، ويترتب على ذلك أنه لا يثبت فيها حق التتبع ، فالتتبع هو الطريقة التى يحتج بها صاحب الحق العينى على الغير ، ولا يعقل أن

يتم هذا الاحتجاج الا اذا تم اشهار هذا الحق حتى يعلم بـــه الغير ٠

ولم يورد القانون اليمنى سوى أولوية عامة واحدة فى البند الرابع من المادة ٣٦٦ وتتعلق بالأجور والنفقات حيث يكون لأصحابهـــا الحق فى استيفائها من جميع أموال المدين أما باقى الأولويـــات فترتبط بمال محدد بالذات لذا يمكن تسميتها أولويات خاصة ٠

والأولويات الخاصة قد ترد على عقار وقد ترد على منقول ٠ فاذا أوردت على عقار فانه ينبغى شهرها حتى يمكن لصاحبها أن يتمتـــع بميزتى التقدم والتتبع ، أما اذا وردت على منقول فانها تخول صاحبها نفس الميزتين الا أن ميزة التتبع تكون مهددة بخطر انتقال الحيازة الى الغير حيث لا يمكن الاحتجاج عليه بحق الامتياز طالما كان حسن النية ، وهذا ما ينص عليه المشرع المصرى صراحة فى المادة ١١٣٣ ٠

والمشرع اليمنى وان كان لم ينص على قاعدة الحيازة فى المنقـــول سند الملكية الا أنه أخذ بالحيازة كقرينة على ملكية الشىء بصفة عامـــة منقولا كان أو عقارا حيث نصت المادة ١٢٧٨ على أن كل من كـــان حائزا لشىء أو حق اعتبر مالكا له مالم يقم الدليل على غير ذلك ٠

وعلى هذا فان نص المادة ١١٣٦٦ الذى عدد الأولويات الخاصة لم يفرق صراحة بين الأولوية الواردة على عقار أو تلك الواردة على منقول ، بل ورد مطلقا على مال محدد سواء كان عقارا أم منقولا ، ولعل المثال للأولوية الخاصة التى ترد على المنقول هو ذلك الوارد فى الفقرة الخامسة والمتعلق بمصاريف الزراعة حيث يستطيع صاحبها أن يستوفيها بالأولوية عن سائر الدائنين من المحصول الذى صرفت فى انتاجه .

وفى جميع الحالات فان صاحب الحق المضمون بالضمانة الخاصة يستطيع أن يستوفى حقه من ثمن الشىء الذى ترد عليه الأولوية ، سواء بيع هذا الشىء بالمزاد أم بطريقة ودية ، بل ويمكن أن يستوفى هذا الحق من التعويض الذى قد يدفع فى حالة هلاك الشىء أو نزع ملكيته .

الفصل الثانى

الضمانات الخاصة " الأولويــــة "

(الحقــوق الممتــازة)

بينت المادة ٣٦٦ الأولويات التى يقررها القانون المدنـــى الشرعى لبعض الحقوق مرتبة فى فقرات بحسب مرتبة كل منها وهـــى : المصروفات القضائية ، الزكاة ، مصروفات حفظ المال وترميمه ، الأجـــور والنفقات ، مصروفات الزراعة ، من وجد عين ماله ، حق الشريك المتقاسم

ونعرض لدراسة تلك الأولويات بنفس الترتيب الوارد فـــى المادة .

أولا

المصـــروفات القضائيـــــة

مؤدى هذه الأولوية أن المصروفات القضائية التى انفقــــت فى حفظ أموال المدين وبيعها تستوفى من أثمان هذه الأمـــوال ، أى أن المصاريف القضائية تعد حقا ممتازا لأن المشرع قرر له ضمانة خاصة وهى أولوية من انفقها فى أن يستوفى حقه من أثمان الأموال

التى تم انفاق هذه المصروفات من أجل حفظها وبيعها .

وتعلل المذكرة الايضاحية ذلك بأن المصاريف القضائية كانت السبب فى وجود الأموال وفى تحويلها الى نقود توزع على الدائنين فهى لازمة بالنسبة للحقوق جميعا فتتقدم بالتالى عليها جميعا حتى لا يحجم أحد عن حفظ مال المدين وبيعه مخافة أن يضيع عليه جزء مما أنفقه وهو أحق به مع أن حفظ مال المدين يفيده ويفيد الجميع .

ونفس الحكم فى القانون المدنى المصرى حيث تنص المادة ١١٣٨ على أن المصروفات القضائية التى أنفقت لمصلحة جميع الدائنين فى حفظ أموال المدين وبيعها لها امتياز على ثمن هذه الأموال .

الحق المضمون :

يتمثل الحق المضمون أو صاحب الأولوية فى المصروفات القضائية التى أنفقت فى حفظ أموال المدين وبيعها ، ويقصد بالمصروفات القضائية تلك التى تنفق فى اجراءات تتم أمام القضاء أو أعوانه .

ويجب أن تكون المصروفات قد أنفقت فى سبيل حفظ أموال المدين وبيعها ، والمقصود بالحفظ هنا ليس الحفظ المادى من

التلف والهلاك ، بل المحافظة القانونية عليها أى فى الاجــراءات القانونية التى وضعها القانون لحفظ أموال المدين .

ومن أمثلة هذه المصروفات نفقات الحجوز التحفظية والتنفيذية على أموال المدين ونفقات الدعوى غير المباشرة ودعوى الحراســة ودعوى شهر الاعسار أو الافلاس ، ونفقات وضع الأختام وجرد الأمــوال وادارتها .

وقد تكون هذه المصروفات مستحقة للمحكمة أو للمأمور القضائى الذى أنفقها كالحارس والسنديك والخبير ، أو لأحد الدائنين الذى أنفقها ويريد أن يستوفيها .

ويشترط القانون المصرى أن تكون هذه المصروفات قد أنفقــت لمصلحة جميع الدائنين أى لمصلحة الدائنين المشتركة ، أما مــا ينفق لمصلحة دائن معين أو لبعض الدائنين فلا يدخل فى هــذا الامتياز ، مثال ذلك اجراءات تحقيق الدين لأحد الدائنين .

محل الضمانة ومرتبتها :

يكون للمصروفات القضائية أولوية السداد من ثمن الأمــوال

التى انفقت هذه المصاريف فى حفظها وبيعها ، أى أن محل الضمانة هو دائما الثمن الذى تباع به أموال المدين سواء كانت منقولات أو عقارات ، فالمصاريف القضائية تستوفى من ثمن هذه الأموال ، فمحل الضمانة هو دائما الثمن المتحفظ من بيع المال وليس المال ذاته ، لذا فاننا بصدد ضمانة خاصة ترد على منقول .

وتأتى المصروفات القضائية فى المرتبة الأولى ، حيث تسبق كل الحقوق الأخرى ويتم استيفاؤها أولا وقبل كل الدائنين .

ثانيا : الزكـــاة

يأتى حق الزكاة فى المرتبة الثانية بعد المصروفات القضائية ، ويرجع فى تحديد مقدار الزكاة الواجبة الى أحكام الشريعة الاسلامية والمقصود بالزكاة المضمونة هنا هى تلك الواجبة على العين نفسها وليست تلك المستحقة على المدين ، فزكاة الأموال الأخرى لا تتمتع بنفس الأولوية .

ثالثـــا

مصروفات حفظ المـــال وترميمـــــــه

تأتى فى المرتبة الثالثة المبالغ التى تنفق فى حفظ المال وترميمه حيث تستوفى بالأولوية من ثمن هذا المال لأنها كانت السبب فـــى احيائه .

ولعل القانون اليمنى أكثر توفيقا من المشروع المصرى الذى يقصر هذا الامتياز على المنقولات ، بينما جاء النص اليمنى شاملا العقارات والمنقولات حيث استخدم لفظ المال بصفة عامة ، ولا شك أن اعتبارات العدالة توجب اتساع نطاق هذه الأولوية لتشمل جميع الأمـــوال ، فالحكمة واحدة وهى أهمية المصروفات التى أنفقت لحفظ الشـــىء وترميمه .

الحق المضمون :

ويقصد بتلك المصروفات كل المبالغ التى صرفت فى حفظ المـال وما يلزم له من ترميم والتى لولاها لهلك المال كليا أو جزئيـــا أو أصبح غير صالح للغرض المخصص له .

ومن أمثلة ذلك اجرة اصلاح السيارة وترميم المنزل الآيل للسقوط ونفقات علاج الحيوانات وحفظ المحاصيل من التلف .

أى أننا بصدد مصروفات ضرورية ولا يدخل فى ذلك المصروفات النافعة أو نفقات التحسين حيث يكون المقصود منها رفع منفعة الشيء وزيادة قيمته وذلك كطلاء وزخرفة العقار . ويقدر قاضى الموضوع طبيعة المصروفات وما اذا كانت قد أدت بالفعل الى حفظ الشيء أو الى ترميمه ، ولا يشترط أن تكون المصروفات قد أنفقت بقصد حفظ المال أو ترميمه بل يكفى أن تؤدى بالفعل الى تلك النتيجة .

<u>محل الضمانة ومرتبتها :</u>

يكون للمبالغ التى أنفقت فى حفظ الشيء وترميمه ضمانة خاصة على ثمن هذا الشيء ، وتستوفى تلك المبالغ من الثمن بعد المصروفات القضائية والزكاة الواجبة .

ويذهب القانون المصرى الى أنه فى حالة تعدد مصروفات الحفظ والترميم يقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها . أما المشرع اليمنى فلم يأخذ بتلك القاعدة وسكت عن

تناولها ،ولعله فى ذلك قد التزم بالأصل العام ألا وهو المساواة بين الدائنين الموجودين فى نفس المرتبة ،أى أن المال يقسم بينهم بنسبة حقوق كل منهم .

رابعا

الأجور والنفقات

تنص الفقرة الرابعة من المادة ١٣٦٦ من القانون المدنى اليمنى على أن " المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر من أجور ورواتب والمبالغ التى استغرقها المدين لنفسه ومن تلزمه نفقته من مأكل وملبس والنفقة المستحقة فى ذمته لمن تلزمه نفقتها شرعا كل ذلك عن الأشهر الثلاثة الأخيرة فى أموال المدين جميعها "

وتفسر المذكرة الايضاحية تلك الفقرة بقولها " ما يدخل فى باب الأجور والنفقات عن الثلاثة الأشهر الأخيرة فى مال المدين جميعه ، وليس المقصود الشهور المستقبلة ولكن الشهور السابقة على تقسيم مال المدين على مستحقيه ،فان احتاج الأمر الى الاقتراض لسداد الأجور والنفقات المذكورة فان المقرض لها يقدم على سائر الدائنين لأنه كان سببا فى احياء العاملين لدى المدين الذين

يقوم عليهم دولاب أعماله ،وفي احياء المدين ومن تلزمه نفقتهم وهي انسانية تتفق مع روح الشريعة السمحة التي بنيت على الرحمة بالانسان وتكريمه " .

الحق المضمون :

يشمل هذا الحق المبالغ الآتية

١ ـ حقوق الاجراء : أى المبالغ المستحقة أجورا لكل من يعمل لدى المدين . ويدخل في ذلك الخادم والسائق والعامل أيا كانت طبيعة هذا العمل ونوعه ومجاله سواء كان في الزراعة أو التجارة أو الصناعة أو الخدمة المنزلية .

ويدخل في ذلك كل ما يستحقه الأجير عن عمله من أجر أو راتب وملحقاتهما من علاوات ومنح ومكافآت وبدلات . ولا يعتبر من المبالغ المضمونة ما يستحقه الأجير من أموال لسبب آخر غير الأجرة النقدية أو العينية ،مثال ذلك التعويض المستحق عن الفصل التعسفي للعامل ،ومكافأة نهاية الخدمة ،والمبالغ التي ينفقها الأجير لصالح رب العمل أو ما يقدمه له من قروض .

٢ ـ ثمن المأكل والملبس: ويقصد به المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ومن تلزمه نفقته من مأكل وملبس • ويقتصر الأمر على المأكل والملبس دون الأشياء الأخرى ولو كانت ضرورية كالعلاج ومواد التدفئة والغسيل ، ويشمل ذلك ثمن الخبز واللحوم والخضروات والألبان والحبوب والفواكه والأقمشة والملابس•

ويشترط لضمان ثمن هذه الأشياء أن تكون للاستعمال أو الاستهلاك من قبل المدين شخصيا أو من يعولهم وليس للاتجار فيها •

٣ ـ نفقة الأقارب: أى أن المبالغ المستحقة كنفقة للأقارب تدخل في إطار الحق المضمون ،ويجب تفسير لفظ الأقارب بمعناه الواسع بحيث يشمل نفقة الزوجة •

وينبغي ملاحظة أن المشرع اقتصر على ضمان المبالغ السابقة (الأجور ، ثمن المأكل والملبس ،والنفقة) التى تستحق عن الأشهر الثلاثة الأخيرة أى الشهور السابقة على تقسيم مال المدين على مستحقيه وليس المقصود الشهور المستقبلة •

والقاعدة أن هذه المبالغ تسدد الى مستحقيها مباشرة سواء كانوا أجراء أو موردى المأكل والملبس أو الأقارب أصحاب النفقة ، الا أنه يجوز فى حالة الاقتراض لسداد الأجور والنفقات المذكورة أن يستوفى المقرض لها حقه مقدما على سائر الدائنين لأنه كان سببا فى أحياء العاملين لدى المدين الذين يقوم عليهم دولاب أعماله ، وفى احياء المدين ومن تلزمه نفقتهم ٠

محل الضمانة ومرتبتها :

تعتبر المبالغ السابقة مضمونة بكل أموال المدين ، أى أننا بصدد أولوية أو امتياز عام يرد على كل أموال المدين أيا كانت سواء ما كان منها منقولا أو عقارا ، ماديا أو معنويا ، ما دامت هذه الأموال قابلة للحجز ٠ ولعل ذلك هو الامتياز العام الوحيد الذى نص عليه المشرع اليمنى أما بقية الامتيازات أو الأولويات فهى خاصة حيث ترد على مال معين بالذات ٠

وحيث أننا بصدد أولوية عامة فهى لا تخضع للشهر حتى لو وردت على عقار ولا تعطى صاحبها ميزة التتبع ، بل يقتصر حقه على التقدم على سائر الدائنين فى استيفاء حقه ٠

الا أنه ينبغى ملاحظة أن الضمانة موضوع البحث تأتى فى المرتبة الرابعة بعد المصروفات القضائية والزكاة ومصروفات حفظ المال وترميمه .

وفى حالة تعدد المبالغ المستحقة تحت ظل هذه الأولوية والتزاحم بينها ، فانها تكون فى نفس المرتبة وتستوفى جميعها بنسبة كل منها وذلك كما لو تزاحم دائن بأجر مع دائن بنفقة أو بثمن مأكل أو ملبس .

خامسا

مصروفات الزراعة

الحق المضمون :

يتضمن ذلك الحق المبالغ المنصرفة فى البذر والتسميد وغيره من مواد التخصيب ومقاومة الحشرات وأعمال الزراعة والحصاد فى المحصول الذى صرفت فى انتاجه .

وتعلل المذكرة الايضاحية هذه الأولوية بأن هذه المبالغ كانت السبب فى الحصول على المحصول فتقرر الوفاء بها مقدما على

غيره حتى لا يحجم أصحابها عن تقديمها . أى أننا أمام اعتبارات اقتصادية بالدرجة الأولى ، ولا يمكن اغفال أهمية الزراعة وحيويتها بالنسبة للاقتصاد القومى .

يشمل النص جميع نفقات الزراعة بكل عناصرها لا يضم ذلك أجرة المواشى والآلات التى استخدمت فى الحرث والرى والحصاد ، وأجر العمال الذين استخدموا فى عمليات الزراعة ، الا أنه ينبغى ملاحظة أن أجر العمال مضمون فى البند الرابع السابق بالنسبة للشهور الثلاثة الأخيرة بجميع أموال المدين . وتبدو أهمية الضمانة هنا من ناحيتين الأولى : أن الأجر يعتبر مضمونا بالحصول نفسه ، الثانية أن الأجر يعتبر مضمونا فيما وراء الشهور الثلاثة .

ويدخل فى نفقات الزراعة أيضا الثمن المستحق للبذور والسماد والمواد المقاومة للحشرات ، مياه الرى . ويضيف القانون المصرى أيضا المبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة ، ويشمل ذلك ثمن هذه الآلات ونفقات اصلاحها وصيانتها وما يلزمها من وقود .

ويصعب القول بأن النص اليمنى يشمل تلك المبالغ الخاصة بثمن آلات الزراعة ، الا أن النص يتضمن بلا شك أجر الآلات التى

استخدمت فى عمليات الزراعة سواء تعلق الأمر بالرى أو الزراعة أو الحصاد .

وتعتبر مصاريف الزراعة مضمونة سواء أنفقها مالك الأرض أو المستأجر أو المنتفع ، بل ويثبت الحق فيها لمن أقرضها للمزارع طالما تم انفقها على عمليات الزراعة .

محل الضمانة ومرتبتها :

تقع الضمانة على المحصول الذى صرفت تلك المبالغ فى انتاجه وذلك بعد حينه ، ولا يدخل فى محل الضمانة ثمن الأرض أو آلات الزراعة .

وتظل الأولوية لمصروفات الزراعة قائمة حتى ولو انتقلت ملكية المحصول الى غير الزارع المدين قبل الجنى أو بعده ، الا أنه من الصعب الاحتجاج بتلك الأولوية على من اشترى المحصول وانتقلت اليه حيازته بحسن نية .

تأتى أولوية مصروفات الزراعة فى المرتبة الخامسة بعد الحقوق السابقة . وفى حالة تعدد تلك المصروفات وتزاحمها ، فانها تستوفى

من ثمن المحصول الذى صرفت فى انتاجه بنسبة كل منها ٠

سادسا

من وجد عين ماله

طبقا للفقرة السادسة من المادة ١٦٦٣ " أن من وجد عين ماله فهو أولى بها" اعمالا لقول الرسول عليه الصلاة والسلام (من وجد عين ماله فهو أولى بها) ٠

مؤدى ذلك أن صاحب الشئ أولى به متى وجده ،الا أن ذلك يأتى فى المرتبة السادسة بعد استيفاء الحقوق الأخرى السابقة ٠

سابعا

حق الشريك المتقاسم

طبقا للفقرة السابعة والأخيرة من المادة ٣٦٦ تثبت الأولوية لحق الشركاء المتقاسمين فى معدل القسمة أو فى الرجوع فيها فى الأموال التى حصلت فيها القسمة ٠

وتعلل المذكرة الايضاحية ذلك بأن حق الشركاء المتقاسمين

ثابت فى المال قبل قسمته فهو فى حكم عين المال • وتجد هذه الأولوية أساسها كذلك فى مبدأ المساواة الذى يجب أن يسود القسمة ويؤدى الى حصول كل من المتقاسمين على جزء مفرز من المال الشائع يساوى حصته ، ويستطيع كل متقاسم أن يرجع على بقية المتقاسمين فى استيفاء حقوقه الناشئة عن القسمة ،ويعد اخلال بمبدأ المساواة تعرض المتقاسم فى حالة رجوعه على شريكه بسبب القسمة — المزاحمة بقية دائنى هذا الشريك •

الحق المضمون :

تشمل تلك الأولوية كل رجوع يكون لأحد الشركاء على بقية الشركاء المتقاسمين بسبب القسمة ، سواء كانت القسمة اتفاقية أو قضائية ،عينية أو بطريق التصفية ،كلية أو جزئية •

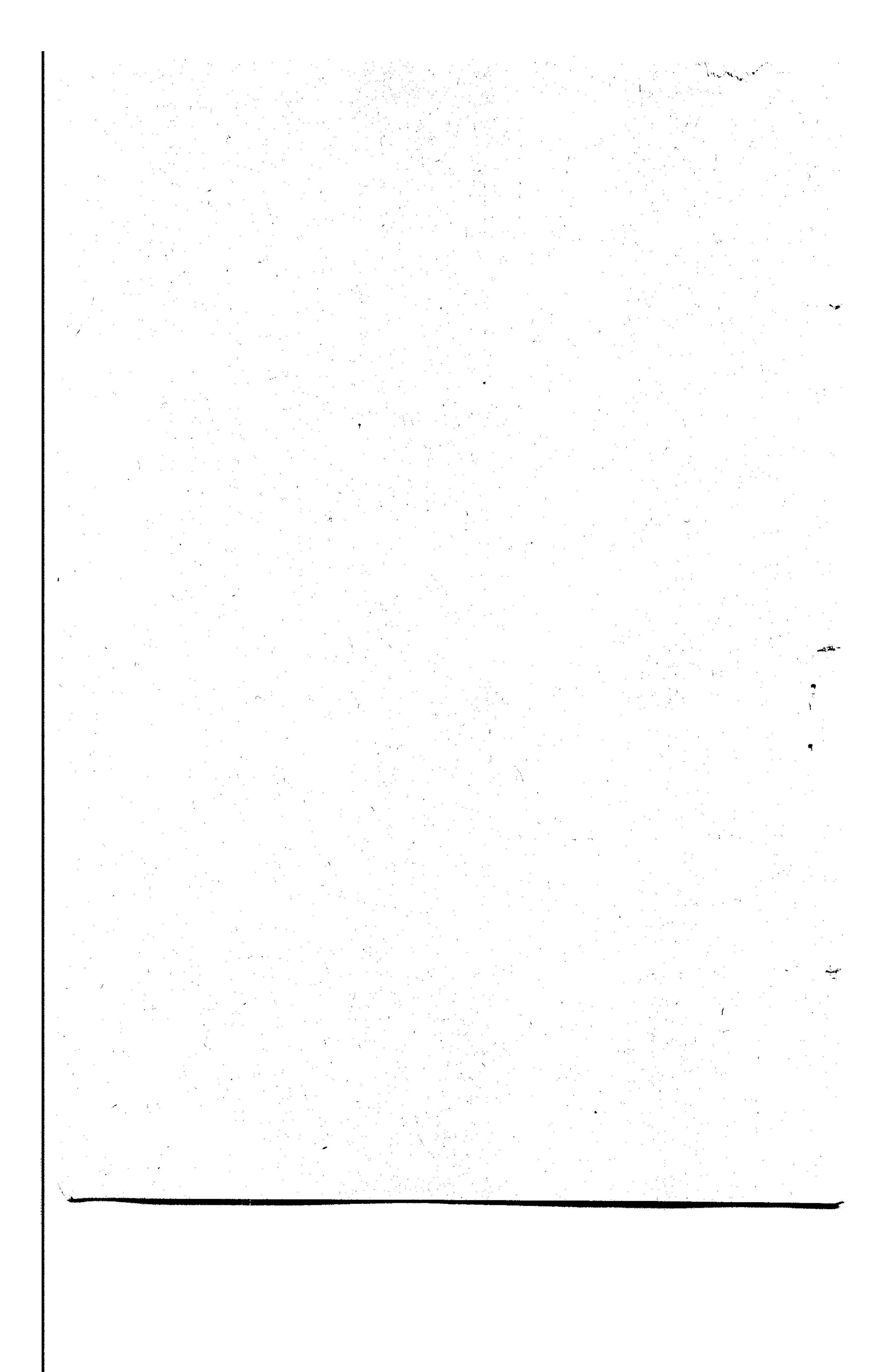
وتتمثل الحقوق التى تثبت للمتقاسم بسبب القسمة فى معدل القسمة وهو الفرق بين قيمة الحصص الذى تقرر دفعه لصاحب النصيب الأقل ،وثمن التصفية فى حالة بيع المال الشائع لأحد الشركاء حيث يلتزم هذا الشريك بقدر نصيب كل شريك آخر ،التعويض الذى يستحقه المتقاسم اذا استحقت حصته كليا أو جزئيا للغير بسبب

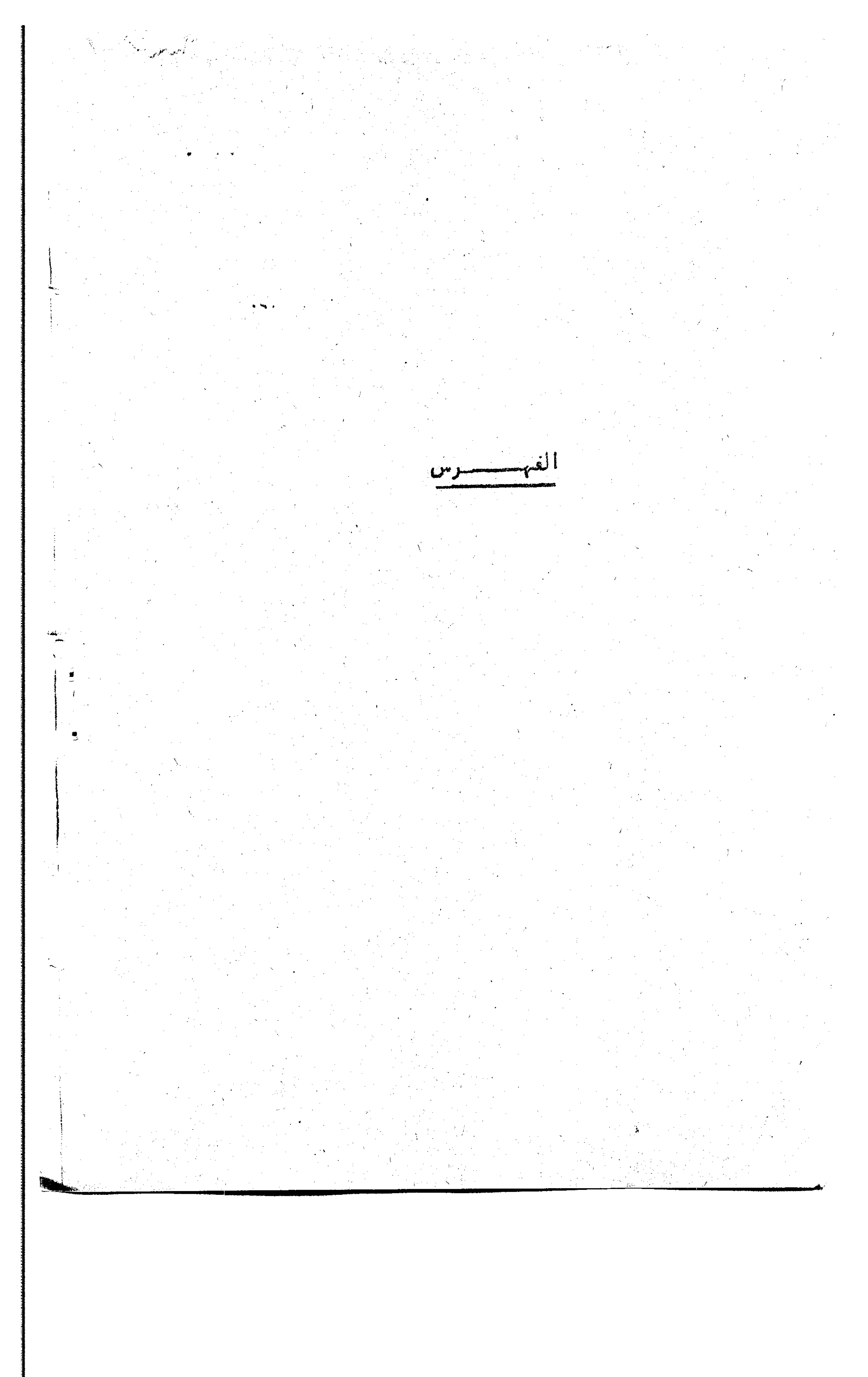
سابق على القسمة ،وكذلك الفوائد التى يستحقها المتقاسم، علـــــى المبالغ السابقة .

محل الضمانة ومرتبتها :

يقع حق الشريك المتقاسم على الحصص المفرزة التى وقعت فى نصيب باقى الشركاء ،حيث تكون له الأولوية فى استيفاء حقه منها قبل سائـر الدائنين . ولكن هذه الأولوية تأتى فى المرتبة الأخيرة كما نرى بعد استيفاء الحقوق الأخرى التى قد تكون على العين .

ولم يفرق المشرع اليمنى فى هذا الصدد بين العقار والمنقـــول ، بخلاف القانون المصرى الذى اشترط قيد الامتياز الوارد على العقـار وتكون مرتبته من وقت القيد .





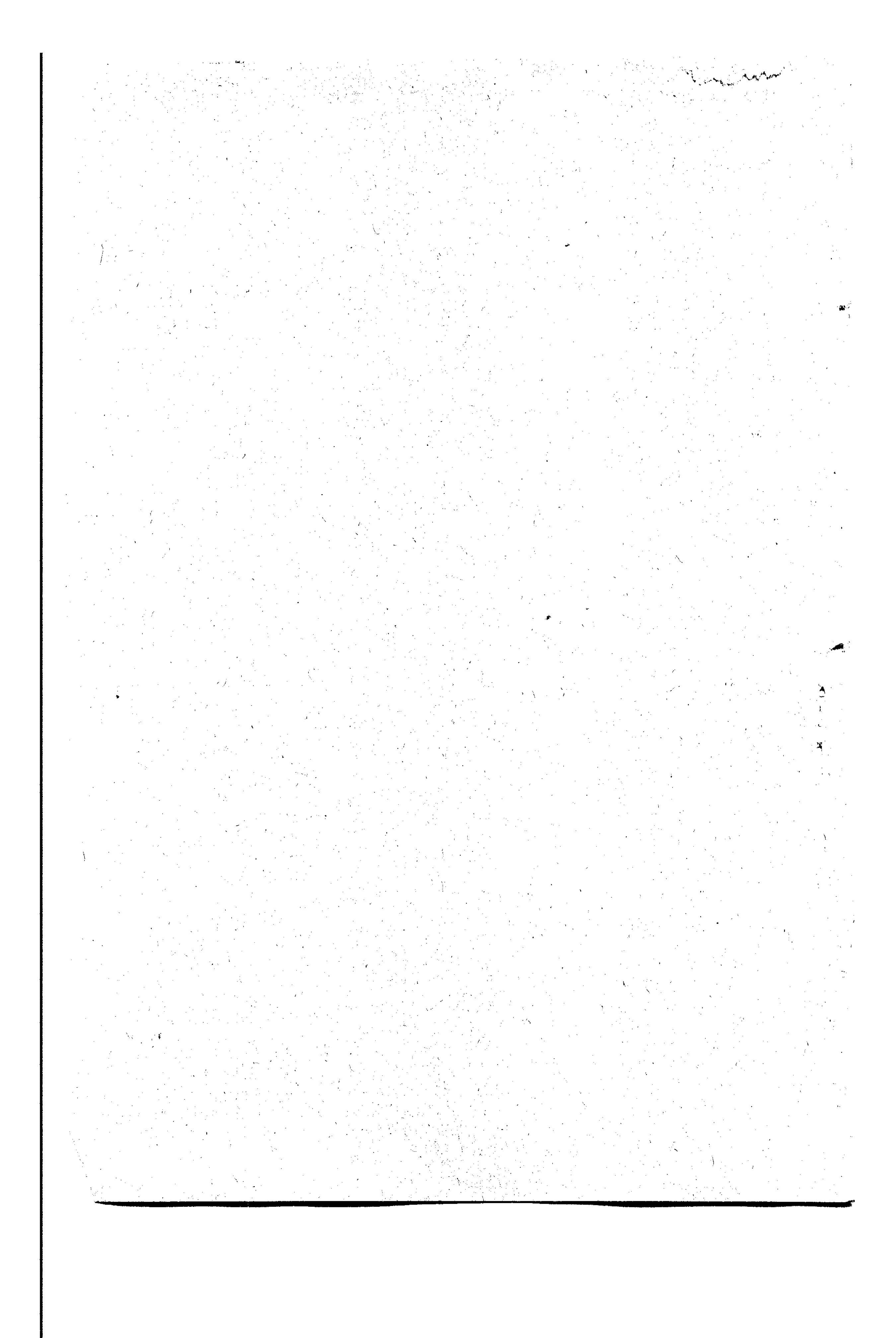
<u>الفهـــــرس</u>

الفهـــرست

الصفحـــــة

الصفحة

الصفحـــــة



تم بحمد الله

مطبعة التونى
٣ شارع الفلكى = الاسكندرية
تليفون : ٤٨٣٧٤٢٢